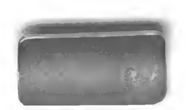
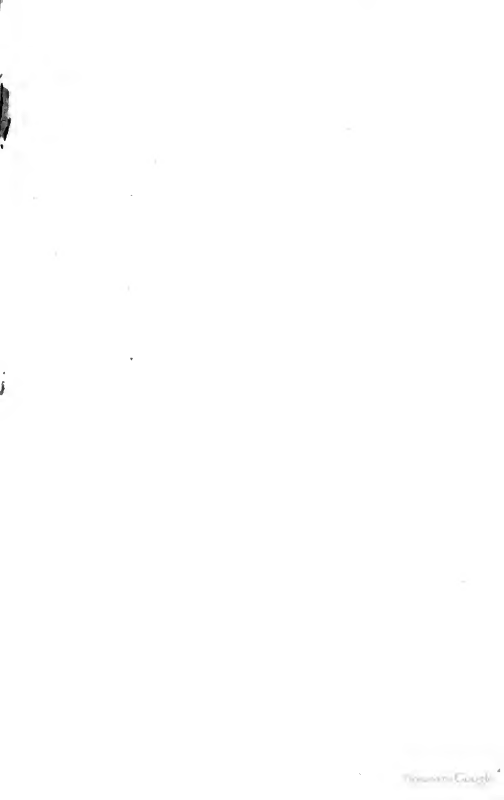
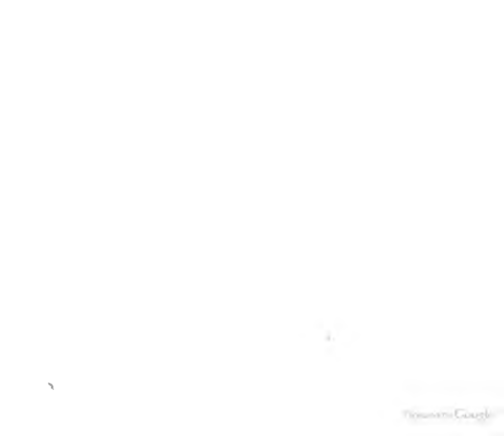



SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV. ANG.
VE RI TAS
CHRISTO ET ECCLESIAE







Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege.

Neunzehnter Band.

Jahrbücher

der

Württembergischen Rechtspflege

herausgegeben

von den Mitgliedern

des

Oberlandesgerichts und des Verwaltungsgerichtshofs zu Stuttgart

und des

Vorstandes der württembergischen Anwaltskammer.

Neunzehnter Band.

(Zitierweise: WürttJ.)

Tübingen.
Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.
1907.

Druck von H. Laupp jr in Tübingen.

Inhaltsübersicht des neunzehnten Bandes.

I. Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

B. in Strafsachen.

II. Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

III. Abhandlungen.

IV. Literarische Anzeigen.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

1.

Einrede des nichterfüllten Vertrags im Fall der Lieferung einer mangelhaften Sache?

Gegenüber der Klage auf Bezahlung gelieferter Herde hat Bekl. die Einrede des nicht erfüllten Vertrags geltend gemacht mit der Begründung, die Herde leiden an erheblichen Mängeln. Hierüber sagen die

Gründe

des Berufungsurteils:

In erster Linie ist schon die Zulässigkeit oder Einrede im vorliegenden Fall zu verneinen; denn Kl. hat seinerseits den Vertrag erfüllt.

Ob die Lieferung einer mangelhaften Sache Erfüllung oder Nichterfüllung sei d. h. nur die Pflicht zur Gewährleistung oder auch die Folgen des Erfüllungsverzugs begründe, ist bestritten. Die Richtigkeit der Ansicht, daß der Verkäufer schon durch seinen einseitigen Leistungsakt erfülle [1]), kann zweifelhaft sein. Jedenfalls aber hat der Verkäufer dann erfüllt, wenn dem Käufer die mangelhafte Sache über-

[1]) Staub, HGB. Exkurs zu § 374 Anm. 37, § 377 Anm. 3; Crome, System des bürgerlichen Rechts § 220 Anm. 2, 4.

geben ist, wenn er sie als Erfüllung angenommen hat. Entdeckt der Käufer nach diesem Zeitpunkt an der Sache Mängel, so kann er nicht mehr geltend machen, der Verkäufer habe noch nicht erfüllt, vielmehr ist er (vom Fall einer Arglist des Verkäufers abgesehen) ausschließlich auf die Gewährleistungsansprüche angewiesen [1]). Auch § 459 BGB. bezeichnet als den für den Beginn der Gewährleistungspflicht des Verkäufers entscheidenden Zeitpunkt die Uebergabe der Kaufsache.

Vorliegend ist außer Streit, daß die Herde der Bekl. übergeben und von ihr angenommen worden sind. Sie kann daher die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht mehr vorbringen.

Für die Ansicht, daß die Lieferung einer mangelhaften Sache selbst dann keine Erfüllung sei, wenn der Käufer die Sache angenommen habe, wird geltend gemacht: die Bestimmung des § 367 I. Entw. z. BGB., daß ein Teil, der die als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen habe, nicht wegen Nichterfüllung die Gegenleistung verweigern könne, sei von der Kommission für die 2. Lesung gestrichen worden, da die Frage, wie die Annahme einer nicht ordnungsmäßig beschaffenen Leistung auf die materielle Rechtslage der Parteien wirke, keiner besonderen Entscheidung bedürfe, die Versagung der Einrede aber unter allen Umständen zu Unbilligkeiten führen könne. Dieser Grund hat jedoch im Gesetz keinen Ausdruck gefunden und es stehen ihm erhebliche Bedenken entgegen. Die Sicherheit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs verlangt, daß, wer einmal eine Leistung als Erfüllung angenommen hat, diese Annahme als solche nicht hinterher wieder zurücknehmen und ungeschehen machen könne. Die Rücksicht auf die Verkehrssicherheit war es auch, welche dazu geführt hat, für die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche besonders kurze Verjährungsfristen zu bestimmen. Dieser Anschauung würde es widerstreiten, wenn etwa einer nach dem Ablauf jener Frist erhobenen

[1]) Dernburg, Das bürgerliche Recht § 185, DJZ. von 1903 S. 4; Düringer-Hachenburg HGB. Bd. III S. 82, 124.

Klage auf Zahlung des Kaufpreises noch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegengesetzt werden könnte [1]).

Urt. des III. CS. vom 31. Okt. 1905 i. S. Kärn g. Ehnes.

2.

Ist die Bestimmung in einem Biervertrag einer Brauerei mit einem Wirt, daß bei Veräußerung der Wirtschaft der Wirt als Selbstschuldner dafür aufzukommen hat, daß der Erwerber die Verpflichtung zum Bierbezug in vollem Umfang übernehme, auch auf Veräußerungen im Weg der Zwangsversteigerung zu beziehen?

Die Frage wurde verneint aus folgenden

Gründen:

Mit Recht hat der erste Richter angenommen, daß die Bestimmungen der §§ 2 und 3 des zwischen den Parteien am 28. Feb. 1902 abgeschlossenen Vertrags auf den eingetretenen Fall der Veräußerung des Wirtschaftsanwesens im Weg der Zwangsversteigerung keine Anwendung findet. Nach dem Inhalt des Vertrags waren die W.schen Eheleute verpflichtet, solange sie die Wirtschaft selber führen, auf die Dauer von 6 Jahren das Bier von der Bekln. zu beziehen; ferner war der Kl. J. W. auf solange verpflichtet, in den Fällen, wo er die Wirtschaft abgibt, den Nachfolger zum Bierbezug von der Bekln. zu veranlassen und für die Erfüllung der von dem Nachfolger der Bekln. gegenüber übernommenen Verpflichtung als Selbstschuldnerbürge haftbar zu sein. Diesem Inhalt der Vertragspflichten des Klrs. ist zu entnehmen, daß sie sich nur auf die Fälle beziehen, in denen der Kl. die Wirtschaft von sich aus abgibt und er in der Lage ist, den Erwerber des Grundstücks zur Uebernahme der Verpflichtung, das Bier von der Bekln. zu beziehen, durch rechtlichen Zwang zu bestimmen, nicht aber auf den Fall der

[1]) Aehnlich die Entsch. des RG. in JW. von 1905 S. 525 f. Nr. 4.

Zwangsversteigerung, wo ihm dies nicht möglich ist, und wo die Veräußerung unabhängig von seinem Willen erfolgt. Auch der Wortlaut des § 3 des Vertrags spricht nicht für die Auffassung der Bekln. Wenn hier von der Nichterfüllung der „von Herrn W. übernommenen" Verpflichtungen und von „Vertragsbruch" die Rede ist, so weist das darauf hin, daß eine durch das Verhalten des Klrs. veranlaßte Nichterfüllung gemeint ist. Die Rücksicht auf Treu und Glauben (§ 157 BGB.) führt keineswegs zu einem andern Ergebnis. Diese Rücksicht läßt vielmehr bei einer Vereinbarung einer Vertragsstrafe die Auslegung als die richtigere erscheinen, die den Unterschied zwischen einem vertragswidrigen Verhalten und einer durch andere Umstände veranlaßten Unmöglichkeit der Vertragserfüllung zur Geltung bringt, und nicht die Auslegung, die diesen Unterschied verwischt, dies um so mehr, als die Frage nicht ganz von der Hand zu weisen ist, ob nicht unter Umständen die Festsetzung einer Vertragsstrafe für einen ohne Verschulden eingetretenen Fall der in Rede stehenden Art geradezu als gegen die guten Sitten verstoßend anzusehen wäre.

Hienach besteht nach dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag keine Verpflichtung des Klrs., auch im Falle der Zwangsversteigerung dafür einzustehen, daß der Ersteher von der Bekln. Bier bezieht.

Das hat die hiefür beweispflichtige Bekl. nicht dargetan, daß das vertragswidrige Verhalten des Klrs. es gewesen sei, das die Zwangsversteigerung herbeigeführt habe. Wenn behauptet wird, der Klr. habe die Zwangsversteigerung durch den Betrieb eines Viehhandels „verschuldet", so ist damit gesagt, er habe durch Versäumnis der von einem ordentlichen Haushalter beobachteten Umsicht in der Behandlung seiner Vermögensangelegenheiten den wirtschaftlichen Zusammenbruch herbeigeführt. Hierin ist die Verletzung einer Vertragspflicht gegenüber der Bekln. nicht zu erblicken.

Urt. des I. CS. vom 12. Januar 1906 i. S. Aktienbrauerei Rettenmeyer g. Weber.

3.

Rechnungslegungspflicht eines Wirts in betreff einer Trinkgelderkasse seiner Lehrlinge.

Kl. war Lehrling im Gasthof des Bekln. Verabredet war, daß der Lehrling das eingenommene Trinkgeld jeden Tag an den Bekln. abzugeben habe, daß dieses Trinkgeld in eine besondere Trinkgelderkasse fließe und dann von diesem Geld die nötigen Auslagen für den Lehrling bestritten werden sollen. Die Trinkgelderkasse wurde in dem regelmäßig verschlossenen Buffet des Bekln., zu dem nur dieser selbst und seine Ehefrau den Schlüssel hatten, aufbewahrt. Nur Bekl. selbst durfte Geld aus der Kasse nehmen. Waren Auslagen für den Lehrling nötig, so bezahlte diese teils der Bekl. selbst unmittelbar aus der Trinkgelderkasse, teils händigte er dem Lehrling den erforderlichen Betrag zur Vereinigung der Schuld aus. Die Lehrlinge hatten die Weisung, daß sie die von ihnen gemachten Ausgaben aufschreiben und den Aufschrieb dem Bekln. übergeben sollten. Letzterer hatte sodann die Ausgaben in sein Buch einzutragen.

Neben dem Klr. war in der Zeit vom 1. Januar 1903 bis 22. September 1904 noch ein weiterer Lehrling A. R. beim Bekln. angestellt. Auch R. hatte auf die gleiche Weise, wie Klr., seine Trinkgelder an den Bekln. zur Einlegung in die Trinkgelderkasse abzuliefern.

Es besteht nun in dem Gasthof des Bekl. die (vom Klr. nicht beanstandete) Uebung, daß wenn Bekl. zwei Lehrlinge hält, von dem Zeitpunkt an, von dem beide Trinkgelder einnehmen, das von da ab eingehende Trinkgeld jedem Lehrling zur Hälfte gehört, ohne Rücksicht darauf, welcher Lehrling das Trinkgeld eingenommen hat. Eine Feststellung des Kasseninhalts hat aber weder beim Eintritt noch beim Austritt des R. stattgefunden. Bekl. ist dem Klagantrag entsprechend für schuldig erklärt worden, ordnungsmäßige Rechenschaft über die vom Klr. an den Bekln. abgelieferten

Trinkgelder und über die Auslagen aus der Trinkgelderkasse abzulegen und dem Klr. eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthaltende Rechnung mitzuteilen.

In den

Gründen

ist gesagt:

Es mag dahingestellt bleiben, ob die gedachte Vereinbarung für sich betrachtet als Auftrag im Sinn des § 662 (bezw. Werkvertrag im Sinn des § 675 BGB.) vgl. mit § 666 BGB. oder als ein Vertrag eigener Art anzusehen wäre. Würde man auch das Letztere annehmen, so handelt es sich jedenfalls um ein dem Auftrag bezw. Werkvertrag im Sinn des § 675 BGB. durchaus verwandtes Vertragsverhältnis, auf welches die Bestimmung des § 666 BGB. jedenfalls entsprechend anzuwenden wäre. Es macht nun keinen Unterschied, daß jene Vereinbarung nicht einen selbständigen Vertrag darstellt, sondern lediglich einen Bestandteil des Lehrvertrags bildet. Denn es ist anzunehmen, daß die Parteien nicht etwa beabsichtigt haben, es solle das Rechtsverhältnis bezüglich der Verwaltung der Trinkgelder um deswillen anders gestaltet sein, weil die Uebernahme der Verwaltung der Trinkgelder nur einen Teil der in dem Gesamtvertrag enthaltenen Vereinbarungen ausgemacht hat. Hiernach ist in entsprechender Anwendung des § 666 BGB. der Bekl. verpflichtet, über die Verwaltung der Trinkgelderkasse Rechenschaft abzulegen. Und zwar hat er, da es sich um eine mit Einnahmen und Ausgaben verbundene Verwaltung handelt, gemäß § 259 BGB. dem Klr. eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthaltende Rechnung mitzuteilen.

Dieser Verpflichtung hat der Bekl. durch Vorlage der Aufstellung nicht genügt, da in dieser Aufstellung lediglich Ausgaben und keinerlei Einnahmen verzeichnet sind.

Bekl. bestreitet, daß es sich um eine mit Einnahmen und Ausgaben verbundene Verwaltung des im Sinn § 259

BGB. handle. Insbesondere meint er[1]), von Einnahmen könne nicht gesprochen werden, wenn nur Ablieferungen, welche der die Rechnungslegung Fordernde selbst gemacht habe, in Frage kommen. Dies ist nun zunächst nach dem Wortlaut des § 259 BGB. unzutreffend. Denn der Sprachgebrauch versteht unter Einnahmen Geldempfänge überhaupt, ohne Unterschied, ob sie von dem Vertragsgegner des Empfängers oder von dritter Seite ausgehen. Allerdings sind Fälle denkbar, in denen derjenige, welcher die Gelder dem Vertragsgegner ausliefert, genau weiß oder wissen muß, welche Beträge er im ganzen abgeliefert hat. Von dieser Art sind auch die Fälle, welche in den angeführten Entscheidungen behandelt sind. In Fällen solcher Art mag man annehmen, daß nach den Grundsätzen von Treu und Glauben dem Vertragsgegner nicht zugemutet werden kann, über diese Art von Einnahmen — Einnahmen sind es immerhin — Rechnung zu legen. Dagegen gibt es andererseits Fälle, in welchen nach der Verkehrssitte und nach den Grundsätzen von Treu und Glauben dem Ablieferer von Geldern — namentlich wenn es sich um eine große Anzahl kleiner Beträge handelt — nicht angesonnen wird, daß er sich seinerseits die einzelnen Beträge merke oder aufschreibe. Es verträgt sich nicht mit einem geordneten Geschäftsbetrieb, daß z. B. die Kellner, Friseurgehilfen u. s. w., welche eingegangene Trinkgelder in eine Kasse einzulegen haben, jeweils sich einen Aufschrieb in ein Notizbuch machen.

Auch kommt im vorliegenden Fall noch in Betracht, daß der Klr. für die Zeit, während welcher neben ihm noch der Kellnerlehrling R. im Dienst des Bekl. stand, auch bei regelmäßigem Aufschrieb jedes eingenommenen Trinkgelds nicht in der Lage gewesen wäre, sich über die Höhe des ihm zukommenden Teils der einfließenden Trinkgelder auf dem Laufenden zu halten, weil neben ihm ja auch R. Trinkgelderbeträge, deren Höhe der Klr. nicht kennen konnte, einlegte (in-

[1]) Unter Berufung auf Iherings Jahrbücher Band 18 S. 225 (zu vgl. auch Seuff A. Band 23 Nr. 188).

sofern hat es sich also nicht bloß um Ablieferungen des Klrs. gehandelt) und weil die von beiden Lehrlingen eingelegten Beträge jedem einzelnen Lehrling zur Hälfte gehörten.

Dagegen ist es nicht zu viel verlangt, daß der Verwalter einer solchen Kasse periodisch, etwa wöchentlich, z. B. gleichzeitig mit der Entleerung der Kasse, die ja doch von Zeit zu Zeit statthaben muß, Aufschriebe über den jeweiligen Kassenbestand mache. So ist auch die Lage des gegenwärtigen Falls. Die Grundsätze von Treu und Glauben gebieten daher keineswegs, den Bekln. mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falls von der gesetzlich vorgeschriebenen Rechnungslegung über die Einnahmen zu entbinden.

Daß die Auslagen, welche der Bekl. für den Klr. gemacht hat, Ausgaben im Sinn des § 259 BGB.s sind, kann ernstlich nicht bestritten werden.

Wenn Bekl. geltend macht, es wäre widersinnig, wenn ihm zugemutet worden wäre, die eingehenden Trinkgelder im einzelnen aufzuschreiben, so wird ihm dies nach dem oben Ausgeführten auch gar nicht angesonnen. Da in die Kasse nur die Trinkgelder eingelegt worden sind, welche dem Klr. ganz — bezw. zu der Zeit, als neben ihm ein anderer Kellnerlehrling Trinkgelder einlegte, zur Hälfte — gehörten, genügte neben dem Aufschrieb über die gemachten Auslagen eine periodische (etwa jede Woche oder sogar nur jeden Monat stattfindende) kurze Aufzeichnung über den jeweiligen Kassenbestand vollständig.

Ist nun dieser Aufschrieb, wie Bekl. behauptet, unterblieben, so ist es dem Bekln. immerhin auch jetzt noch möglich, eine — wenn auch nur allgemein gehaltene und annähernd richtige — Aufstellung über die vom Klr. eingelegten Trinkgelder zu machen. Zweifellos kann sich der Bekl., welcher die Trinkgelderkasse verwaltet hat und den Besuch seiner Wirtschaft sowie die Gepflogenheit seiner Gäste bezüglich der Verabreichung von Trinkgeldern kennt, ein ungefähres Bild über die durchschnittliche tägliche Trinkgeldereinnahme des Klrs. machen. Er kann durch Besprechung mit seiner Ehe-

frau und durch Erkundigung bei seinen jetzigen und früheren Angestellten seine Erinnerungen zu annähernder Richtigkeit ergänzen und das Ergebnis in einer Aufstellung niederlegen, von der er dann mit gutem Gewissen beschwören kann, daß er sie genauer zu machen nicht imstande sei. (BGB. § 259 Abs. 2.)

Eine geordnete und vollständige Rechnungslegung ist dies allerdings nicht mehr. Allein wenn Bekl. zu einer geordneten und vollständigen Rechnungslegung nicht imstande ist, so entbindet ihn dies nicht von der Pflicht, wenigstens eine allgemein gehaltene und auf Schätzung beruhende Rechnung zu legen.

Urt. des III. CS. vom 30. Januar 1906 i. S. Sattler g. Kieninger.

4.

1. Gilt eine Vertragsbestimmung, wonach Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsvertrag zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern durch ein Schiedsgericht zu entscheiden sind, auch gegenüber ausgeschiedenen Gesellschaftern?

2. Kann sich ein Mitglied einer G. m. b. H. der Gesellschaft dadurch schadensersatzpflichtig machen, daß es eine in der Satzung für zulässig erklärte Veräußerung seiner Geschäftsanteile an einen Gesellschafter vornimmt?

Bekl. ist eine G. m. b. H., die aus Inhabern von Ziegeleien besteht; ihr Gesellschaftsvertrag vom 15. Nov. 1899 enthält eine Bestimmung des in Ziff. 1 der Ueberschrift angegebenen Inhalts; § 5 lautet: „Zur Veräußerung von Geschäftsanteilen — an andere Gesellschafter — ist eine Genehmigung der Gesellschaft nicht erforderlich"; in § 20 des Anhangs ist gesagt: „Falls ein Gesellschafter ein Ziegelwerk veräußert oder verpachtet, ist er verpflichtet, seinen Besitz-

nachfolger zum Eintritt in die Gesellschaft zu veranlassen“ und hat, wenn dieser Eintritt nicht erfolgt, eine gewisse Vertragsstrafe zu bezahlen. Kl. hat seinen Geschäftsanteil an einen Gesellschafter übertragen und ist damit aus der Gesellschaft ausgetreten; gegen seine Forderung auf Bezahlung von Ziegelwaren, die er statutengemäß der Bekln. geliefert hatte, hat diese die Einrede, die Entscheidung des Rechtsstreits habe durch Schiedsrichter zu erfolgen, und ferner im Weg der Aufrechnung eine Schadensersatzforderung mit der Begründung geltend gemacht: den Mitgliedern der Bekl. habe durch § 5 des Gesellschaftsvertrags, wie insbesondere § 20 des „Anhangs“ zeige, nicht ein beliebiges Ausscheiden aus der Gesellschaft gestattet werden wollen, sondern nur ein Ausscheiden für den Fall, daß etwa ein Gesellschafter die Fabrikation aufgebe und deshalb auszuscheiden wünsche; alle Gesellschafter haben ihre Zustimmung zu dem die Kontingente der Einzelnen feststellenden Beschluß vom 15. Nov. 1899 unter der Voraussetzung und Bedingung erklärt, daß die sämtlichen übrigen Gesellschafter mit dem ihnen bewilligten Kontingent der Gesellschaft beitreten; ein Gesellschafter, der, wie Kl. getan habe, die Bestimmungen des Vertrags dadurch umgehe, daß er seinen Geschäftsanteil an einen Gesellschafter veräußere, um der Gesellschaft Konkurrenz machen und sie (durch Unterbieten) schädigen zu können, handle wider Treu und Glauben, mache sich einer Arglist schuldig und schadensersatzpflichtig. Die Einreden sind verworfen worden.

Gründe:

War Kl. zur Zeit der Klagerhebung nicht mehr Gesellschafter der Bekln., so ist die Einrede der Bekln., der Rechtsstreit sei gemäß § 24 des „Anhangs“ zum Gesellschaftsvertrag durch ein Schiedsgericht zu entscheiden, nicht begründet. Denn nach dem Wortlaut dieser Bestimmung läßt sie sich nicht auf Rechtsstreitigkeiten ausgeschiedener Gesellschafter mit der Gesellschaft beziehen; denn ein solcher ist eben nicht mehr Gesellschafter, während der § 24 von Streitigkeiten „zwischen der Gesellschaft und Gesellschaftern“ redet;

die innere Wahrscheinlichkeit spricht auch nicht dafür, daß die Gesellschafter sich auch für etwaige nach ihrem Ausscheiden aus der Gesellschaft mit dieser entstehende Rechtsstreitigkeiten aus dem Gesellschaftsvertrag dem Schiedsspruch des Aufsichtsrats der Gesellschaft haben unterwerfen wollen.

Allerdings wird angenommen, der § 22 CPO. sei auch gegenüber ausgeschiedenen Gesellschaftsmitgliedern anwendbar; allein es ist etwas anderes, ob es sich darum handelt, daß das eine oder das andere von mehreren sich gleichstehenden staatlichen Gerichten für die Entscheidung eines Rechtsstreits zuständig ist, oder darum, daß die staatlichen Gerichte mit ihrem Instanzenzug zu Gunsten eines Schiedsgerichts ausgeschaltet sein sollen. Es sagt denn auch z. B. Gaupp-Stein, Komm. zur CPO. in betreff der angeführten Auslegung des § 22 nur: der Wortlaut des Gesetzes sei mit ihr „nicht unvereinbar", „während der praktische Zweck der Bestimmung sie fordere".

Der sachliche Einwand der Bekln., Kl. sei wegen arglistigen Ausscheidens aus der beklagten Gesellschaft ihr (in Höhe eines die Klagsumme mindestens erreichenden Betrags) schadensersatzpflichtig, ist nicht haltbar. Ein Fall des § 226 BGB. liegt augenscheinlich nicht vor. Unter welchen (stillschweigenden) Bedingungen oder Voraussetzungen die einzelnen Gesellschafter der Gesellschaft beigetreten sind, ist unerheblich; der Gesellschaftsvertrag, die bindende Festlegung des Willens der Gesellschaft als juristischer Person, enthält in § 5 von einer Bedingung, Voraussetzung oder Einschränkung der von der Bekl. behaupteten Art lediglich nichts und darf auch mit Rücksicht auf § 20 des Anhangs nicht so, wie Bekl. will, einschränkend ausgelegt werden; der § 20 zwingt auch zu einer solchen Einschränkung keineswegs, da er wohl damit vereinbar ist, daß ein Ausscheiden mittels Abtretung des Geschäftsanteils an einen Gesellschafter — wozu gehört, daß ein solcher Kaufsliebhaber sich findet — unbedingt statthaft ist. Kl. hat also durch sein Vorgehen, was immer seine Beweggründe gewesen sein mögen, nicht arglistig gehandelt oder

gegen Treu und Glauben verstoßen, vielmehr lediglich von einer — vielleicht unüberlegt getroffenen — Gesellschaftsvertragsbestimmung Gebrauch gemacht; er ist daher der Bekln. nicht schadensersatzpflichtig.

Urt. des III. CS. vom 16. Januar 1906 i. S. Ziegelverkaufsstelle Stuttgart g. Weihenmeyer.

5.

Ungerechtfertigte Bereicherung des Trassanten, der mittels Diskontierung eines nachher präjudizierten Wechsels Befriedigung für eine Forderung an den Akzeptanten erlangt hat?

Der Bekl. hat zur Deckung einer ihm gegen die Frau R. R. in B. zustehenden Forderung auf diese seine Schuldnerin einen Wechsel an eigene Order über den Betrag von 800 M., zahlbar am 12. Juli 1904, gezogen und nach Akzeptierung durch die R. gegen Empfang der Valuta begeben. Infolge weiterer Indossamente gelangte der Wechsel an die Klin. als letzte Indossatarin. Der Wechsel wurde von der Akzeptantin nicht eingelöst. Die Klin. versäumte, rechtzeitig Protest erheben zu lassen. Die Akzeptantin besitzt zur Zeit kein pfändbares Vermögen.

Jetzt verlangt die Klin. gemäß Art. 83 WO. und § 812 BGB. von dem Bekln. die Bezahlung des Wechselbetrags von 800 M. nebst Verzugszinsen mit der Behauptung, daß der Bekl. auf Kosten der Klin. in Höhe der empfangenen Wechselvaluta von 800 M. bereichert sei.

Die Klage ist abgewiesen worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Mit Recht hat der Unterrichter die Frage, ob der Bekl. infolge der Präjudizierung des Wechsels bereichert sei, verneint und deshalb weder die wechselrechtliche Bereicherungsklage (WO. Art. 83), noch einen Anspruch wegen ungerecht-

fertigter Bereicherung im Sinne des § 812 BGB. gegen den Bekln. für begründet erachtet. Der Bekl. ist nicht bereichert, weil er für den Wechsel, für den er bei der Bezahlung Valuta erhalten hat, der Trassatin Deckung gegeben hat und zwar durch Verrechnung seiner Kaufpreisforderung gegen das Akzept der Trassatin, mag man nun annehmen, daß das Akzept an Zahlungsstatt oder daß es zahlungshalber gegeben worden ist.

Im ersteren Fall wäre die Deckung in der sofortigen Tilgung der Kaufpreisschuld der Akzeptantin bestanden.

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man aber auch, wenn, wie schon nach bisherigem Recht im Zweifel anzunehmen war und nach ausdrücklicher Bestimmung des BGB. § 364 Abs. 2 im Zweifel anzunehmen ist, das Akzept nur zahlungshalber dem Bekln. gegeben worden ist. Denn wenn auch in solchem Fall die Forderung des Gläubigers nicht mit der Hingabe des Wechsels erlischt, so geht doch der Wille der Beteiligten dahin, daß der Gläubiger zunächst mittels Verwertung des Wechsels sich bezahlt machen solle. Dadurch, daß der Bekl. demgemäß den Wechsel gegen Valuta begab, erlosch zwar die Kaufpreisschuld der Akzeptantin noch nicht, da dem Bekln. die Valuta im Regreßweg entrissen werden konnte; insolange war seine Befriedigung keine endgültige und die Kaufpreisforderung nur suspendiert. Die Befriedigung wurde jedoch eine endgültige und es erlosch die Kaufpreisforderung, sobald infolge der Präjudizierung des Wechsels dem Bekln. die Valuta im Regreßweg nicht mehr entrissen werden konnte.

Ob die Akzeptantin bei der Hingabe des Akzepts vermögenslos oder zahlungsunfähig und daher die Kaufpreisforderung nicht beitreibbar war, kann dahingestellt bleiben. Denn Bekl. ist auch in diesem Fall nicht bereichert, da er mittels des Wechsels durch die Valuta lediglich das erhalten hat, was er anzusprechen hatte, was ihm von Rechts wegen der Akzeptantin gegenüber gebührte (suum recepit). Es enthält keine Bereicherung des Gläubigers, wenn derselbe auf

eine wenn auch gegen einen zur Zeit zahlungsunfähigen Schuldner zustehende Forderung diejenige Zahlung erhält, die er in der Höhe, in der Art und zu der Zeit zu beanspruchen hat, indem er hier durch die Annahme der Zahlung nur ein ihm zustehendes Recht verwirklicht.

Es kann auch nicht gesagt werden, der Trassant dürfe die Valuta im Falle der Präjudizierung deshalb nicht behalten, weil er sie ja im Wege der Bereicherungsklage herausgeben müsse. Denn es kann zur Begründung der Bereicherungsklage nicht ein Tatbestand unterstellt werden, der nur gegeben ist, wenn die Bereicherungsklage begründet wäre. Vielmehr ist die Bereicherungsklage deshalb nicht gegeben, weil der Bekl., selbst wenn und obgleich er die Valuta behalten darf (zufolge des Ausschlusses des Regreßwegs), nicht bereichert ist.

Daß der Bekl. etwa dadurch bereichert wäre, daß er sich für die Forderung aus dem Wechselakzept gegen die Akzeptantin einen vollstreckbaren Titel verschafft hat, wird in dieser Instanz nicht mehr geltend gemacht. Wie die Klin. selbst vorträgt, hat ja die von dem Bekln. gegen die Akzeptantin betriebene Zwangsvollstreckung aus jenem Schuldtitel zu einer Befriedigung des Bekln. nicht geführt.

Urt. des III. CS. vom 10. Okt. 1905 i. S. Gewerbebank Böblingen g. Keck.

6.

§ 833 BGB., Zusammenwirken mehrerer von verschiedenen Personen gehaltener Tiere zur Entstehung eines Schadens.

Die Frau des Klrs. war mit dem Melken einer dem Klr. gehörigen und von ihm gehaltenen Kuh beschäftigt, als plötzlich die ebenfalls dem Klr. gehörige und von ihm gehaltene Katze, die von dem dem Bekln. gehörigen und von diesem gehaltenen Spitzerhund verfolgt wurde, in den Stall herein und unter der von der Frau des Klrs. gemolkenen Kuh und

unter den andern im Stall befindlichen Kühen durchsprang. Hiedurch wurden sämtliche Kühe unruhig und schlugen aus. Insbesondere scheute die Kuh, unter der die Frau des Klrs. auf dem Melkschemel saß, schlug aus und warf die Frau des Klrs. zu Boden. Diese erlitt hiedurch mehrere Verletzungen. Für den seiner Frau hiedurch erwachsenen Schaden hat Kl. vom Bekln. als dem Halter des Hunds auf Grund des § 833 BGB. Ersatz verlangt. Im Berufungsverfahren ist der Klaganspruch zu $^1/_3$ für gerechtfertigt erklärt worden aus folgenden

Gründen:

Der Kl. geht selbst davon aus, daß der unvermutete Eintritt des Hundes und der Katze die Kuh erschreckt und deren Ausschlagen herbeigeführt und daß die Kuh ausgeschlagen hat, um sich gegen beide Tiere zu schützen. Diese Annahme des Klrs. steht auch im Einklang mit dem Gutachten des Sachverständigen H. H., der sich dahin ausgesprochen hat, daß Kühe zwar in der Regel gegen Katzen nicht empfindlich seien, daß dies aber dann nicht der Fall sei, wenn eine Katze ganz unversehens und rasch in einen Kuhstall hereinspringe.

Auf der anderen Seite bezweifelt der Bekl. nicht, daß das Bellen seines Hundes in Verbindung mit dem raschen und plötzlichen Durchspringen der Katze die Kuh erschreckt habe. Der Sachverständige B. gibt an, daß die Kühe gegen bellende Hunde sehr empfindlich seien, namentlich wenn diese plötzlich in den Stall hereinspringen. Hienach gelangte das Berufungsgericht zu der Feststellung, daß das Bellen des Hundes und das rasche Durchspringen der Katze unter der Kuh zusammengewirkt haben zum Scheuwerden der Kuh.

Aus Vorstehendem ergibt sich, daß das Tun der Katze und das Tun (das Bellen) des Hundes je als Ursache des Scheuwerdens der Kuh zu betrachten sind. Der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Bellen des Hundes und dem Scheuwerden der Kuh wird dadurch nicht aufgehoben, daß das Durchspringen der Katze in den Verlauf der Tatsachen eingegriffen hat. Ebensowenig ist das Tun des Hundes die

alleinige Ursache des Scheuwerdens, und zwar selbst dann nicht, wenn — wie anzunehmen — die Katze durch das Bellen und einen Angriffsversuch des Hundes zu dem raschen und plötzlichen Hineinlaufen in den Stall bestimmt worden ist. Das Scheuwerden der Kuh steht sowohl zum Tun der Katze als zu dem des Hundes im Verhältnis der Wirkung zur Ursache.

Da die Kuh wie unbestritten unter dem Einfluß des ihr durch die 2 anderen Tiere eingejagten Schreckens mit den Füßen ausgeschlagen und damit die Verletzung der Frau des Klägers bewirkt hat, so ist auch der ursächliche Zusammenhang zwischen dieser Verletzung einerseits und dem Tun des Hundes und dem der Katze andererseits gegeben. Was zunächst den Hund betrifft, so wird die Kausalität seines Tuns und damit die Haftung des Bekln. aus § 833 BGB. mit Unrecht aus dem Grunde bestritten, weil die Verletzung der Frau nicht unmittelbar durch den Hund bewirkt worden sei. Der § 833 verlangt nicht, daß der Körper des Tiers in direkte mechanische Berührung mit dem Körper des verletzten Menschen (oder mit der beschädigten Sache) gekommen sei; die Voraussetzung der Haftung aus dieser Gesetzesbestimmung ist vielmehr auch dann gegeben, wenn das Tier einen andern Gegenstand in Bewegung setzt und dieser infolge dessen den Körper eines Menschen berührt und verletzt[1]).

Einem solchen Vorgang, wo sich die Verkettung der im Verhältnis von Ursache und Wirkung stehenden Tatsachen nach rein mechanischen Gesetzen vollzieht, stehen aber rechtlich vollständig gleich die Fälle, in denen ein Tier durch sein äußeres Tun auf die Sinne eines andern Tieres einwirkt und hiemit bei diesem einen durch psychologische Gesetze bedingten seelischen Affekt herbeiführt, durch den es zu einer (Schaden stiftenden) Bewegung bestimmt wird. Hat, wie feststeht, der Hund des Bekln. (im Verein mit der Katze) die Kuh erschreckt und zu der Bewegung veranlaßt, die die Ver-

[1]) RG. 50, 221; 60, 66; JW. 1905, 174; Württ. J. 15, 22. Vgl. auch Schmoller im Archiv für civ. Praxis 98, 1 ff.

letzung der Frau des Klrs. bewirkte, so ist sein (und der Katze) Tun kausal für diese Verletzung gewesen. Der Fall liegt nicht anders, als wenn durch das Zischen einer Eisenbahnlokomotive ein Pferd scheu gemacht wird und unter dem Einfluß dieses Affekts eine Bewegung ausführt, die einen Menschen verletzt. Hier ist das Geräusch der Lokomotive kausal für die Verletzung des Menschen[1]).

Diesem Geräusch steht im vorliegenden Falle nach dem Begriff des Kausalzusammenhangs das Bellen des Hundes durchaus gleich und der Kausalzusammenhang begründet — beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen — die Haftung des Tierhalters wie im andern Fall die Haftung des Eisenbahnunternehmers.

Die Haftung des Bekln. hat weiterhin zur Voraussetzung, daß das Tun seines Hundes als ein willkürliches zu betrachten ist, da nur dann angenommen werden kann, die Verletzung der Frau des Klrs. sei durch den Hund verursacht. Die Ausführungen des Bekln., wonach ein willkürliches Tun des Hundes deshalb nicht vorliege, weil er infolge der zwischen Hund und Katze bestehenden instinktiven Abneigung unter einem unwiderstehlichen Zwange gehandelt habe und die Katze habe verfolgen müssen, gehen durchaus fehl. Es kann mit dem Reichsgericht[2]) angenommen werden, daß ein willkürliches selbständiges Tun eines Tieres nicht vorhanden und eine Haftung des Tierhalters ausgeschlossen ist, wenn ein äußeres Ereignis auf den Körper oder die Sinne des Tieres mit einer Gewalt eingewirkt hat, der Tiere der in Frage kommenden Art nach physiologischen Gesetzen nicht widerstehen können und wenn es im Zustande eines solchen Zwangs Schaden anrichtet. Aber ein solches mit unwiderstehlicher Gewalt über ein Tier hereinbrechendes Ereignis war für den Hund des Beklagten der Anblick der Katze nicht. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, daß die

[1]) Vgl. hiezu RG. in JW. 1896, 305; Eisenb.E. 13, 156. Eger, Haftpflichtgesetz 5. Aufl. S. 129.

[2]) Vgl. RG. 54, 73 ff.; 60, 66 ff.

— notorisch die Regel bildende — heftige Abneigung des Hundes gegen das Katzengeschlecht auch beim Hund des Bekln. vorhanden gewesen sei, so fehlt es doch an jedem Anhaltspunkte dafür, daß gerade im vorliegenden Fall der Hund durch das Erscheinen der Katze in einen Zustand des Zwanges versetzt worden sei, in dem er gar nichts anderes habe tun können, als mit lautem Gebell auf die Katze loszustürmen.

Wenn man mit Recht im Anwendungsgebiet des § 833 BGB. dem Tier einen Willen in gewissem Sinne zuerkennt, so ist als Betätigung dieses Willens jedes Tun des Tieres zu betrachten, bei dem es, wenn auch unter dem Einfluß eines noch so heftigen Affektes stehend, demnach die Wahl hatte, so oder anders zu handeln. In diesem Sinne hatte der Hund des Bekln. die Wahl zu bellen und die Katze zu verfolgen oder nicht, und es war sein Angriff auf die Katze ein selbständiges willkürliches Tun.

Es bedarf nach vorstehendem keiner Ausführung, daß auch bei der Katze, als sie aus Furcht vor dem Angriff des Hundes davon lief, und bei der Kuh, als sie durch das Auftreten des Hundes und der Katze erschreckt mit den Füßen hinausschlug, kein „mit unwiderstehlicher Gewalt hereinbrechendes Ereignis“ im Spiele war, dem die Wirkung zukommen würde, ein selbständiges Verhalten der Katze und der Kuh auszuschließen [1]).

Diese Erwägungen führen zu der Feststellung, daß das Verhalten des Hundes, der Katze und der Kuh verschiedene Ursachen bildet, deren Zusammenwirken die Verletzung der Frau des Klrs. herbeigeführt hat. Aus diesem Zusammenwirken von drei verschiedenen Ursachen zieht der Bekl. den Schluß, daß er jedenfalls nur zu einem Drittel für den entstandenen Schaden hafte. Dieser Auffassung ist beizupflichten.

Es unterliegt zunächst keinem Zweifel, daß auch in der Person des Klägers, der der Halter der Kuh und der Katze ist, die Voraussetzungen der Haftung aus § 833 BGB. vorliegen. Er haftet nach § 833 seiner Frau für den durch

[1]) Vgl. auch Sörgel, Rechtsprechung 1904 S. 184.

diese Tiere mitbewirkten Schaden, und es gehen die Parteien mit Recht davon aus, daß das zwischen den Ehegatten bestehende Güterrechtsverhältnis auf den Grund und den Umfang dieser Haftung an sich ohne Einfluß ist.

Das BGB. trifft keine besondere Bestimmung für den Fall, daß mehrere von verschiedenen Personen gehaltene Tiere zur Entstehung eines Schadens zusammenwirken. Daß jede dieser Personen an sich haftbar ist, kann nicht bezweifelt werden. Dagegen sind Zweifel möglich in betreff des Umfangs und der Verteilung ihrer Haftpflicht.

In der Literatur und Rechtsprechung sind zwei widersprechende Ansichten vertreten.

Nach der einen haften die mehreren Tierhalter von vornherein zu gleichen Anteilen gemäß § 420 BGB.[1]).

Die andere und überwiegende Ansicht, der jetzt auch das Reichsgericht[2]) beigetreten ist, geht dahin, daß die mehreren Tierhalter gemäß § 830 und 840 Abs. 1 BGB. als Gesamtschuldner haften. Dabei herrscht aber Uebereinstimmung darüber, daß im Verhältnis der Tierhalter untereinander eine Ausgleichung der Haftung nach § 426 BGB. einzutreten hat[3]).

Die Streitfrage bedarf aber im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Entweder teilt sich der Bekl. von vornherein mit dem Kläger in die Haftung gemäß § 420 BGB. und haftet schon aus diesem Grunde nur für ein Drittel des angerichteten Schadens. Oder aber war ursprünglich seine Haftung als Gesamtschuldner begründet. Dann hat er das gemäß § 426 ihm zweifellos gegen den Klr. zustehende Ausgleichungsrecht durch seine im Prozeß abgegebene Erklärung in zuläßiger, auch vom Klr. nicht beanstandeter Weise aus-

---

[1]) Vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht 2. Band § 396 III S. 649. Isay in Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 319.

[2]) Entsch. 60, 315.

[3]) Planck, Komm. 1. u. 2. Aufl. § 833, 2c; Crome § 336 I, 3; § 338 II; Rspr. OLG.; Scherer 1903 S. 289; 5 S. 750; Sörgel 1902 S. 114.

geübt und zwar mit der Wirkung, daß er nur zu einem Drittel ersatzpflichtig ist.

Hiebei geht der Senat von der Auffassung aus, daß die Haftung für den durch mehrere Tiere mehrerer Tierhalter verursachten Schaden sich nicht nach den Köpfen der Tierhalter, sondern nach der Zahl der von jedem gehaltenen Tiere verteilt, daß im vorliegenden Fall, da der Klr. zwei, der Bekl. eines von den 3 schadenstiftenden Tieren gehalten hat, der Klr. $^2/_3$, der Bekl. $^1/_3$ des Schadens zu ersetzen hat. Wären die 3 Tiere von 3 verschiedenen Personen gehalten gewesen, so hätte der Bekl. zweifellos nur $^1/_3$ des Schadens zu tragen gehabt, und es liegt kein Grund vor, ihn deshalb ungünstiger zu behandeln, weil zwei der Tiere von derselben Person, dem Klr., gehalten wurden.

Urt. des II. CS. vom 28. Septbr. 1905 i. S. Mayer g. Scham.

7.

Zu § 833 BGB. (Begriff des Tierhalters).

In den

Gründen

eines Berufungsurteils ist zunächst ausgeführt, es sei nicht erwiesen, daß das Schaf, das den Sohn des Klrs. geschlagen habe, Eigentum des Bekl. gewesen sei, sodann wird fortgefahren:

Der Unterrichter hat dies für unerheblich erklärt, da der Bekl. N. bezüglich der ganzen Herde als Tierhalter anzusehen sei. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden.

Tierhalter ist, wer im eigenen Interesse durch Gewährung von Obdach und Unterhalt die Sorge für das Tier übernommen hat und zwar nicht bloß zu einem ganz vorübergehenden Zweck, sondern auf einen Zeitraum von gewisser Dauer. Die Auffassung des Klrs., weil nach der Feststellung im unbestrittenen Teil des Tatbestands B. und W. ihre Schafe dem Bekln. N. für die ganze Weidezeit für War-

tung, Fütterung und Beaufsichtigung übergeben haben, brauche es keines weiteren Beweises dafür, daß Bekl. Tierhalter der ganzen Herde sei, kann nicht für zutreffend erachtet werden, denn der Bekl. hat stets bestritten, auch der Halter der Schafe des B. und des W. zu sein. Selbst wenn also die erwähnte Feststellung nicht auf einer unzutreffenden Schlußfolgerung des Unterrichters, sondern auf einer Einräumung des Bekln. N. beruhen sollte, so kann dieser nicht der Sinn unterstellt werden, den die Kl. jetzt ihr geben, sondern im Zusammenhang mit dem übrigen Vorbringen des Bekl. nur der, daß eben diese Schafe des B. und W. auch auf die Weide des Bekln. dessen Schafknecht zur Hut, Pflege und Fütterung übergeben worden sind. Das aber macht den Bekln. noch nicht zum Halter dieser Tiere.

Da der § 833 BGB. die spezifischen tierischen Betriebsgefahren treffen will, so ist Tierhalter nur derjenige, der die zur Ausnützung erforderlichen Maßnahmen trifft. Das kann aber nur der mittelbare oder unmittelbare Besitzer des Tieres. Nun sind aber unter Zugrundelegung der eigenen Darstellung der Kläger in dieser Instanz die tatsächlichen Verhältnisse folgende: N. hat eine fern von seinem Wohnort gelegene Schafweide gepachtet und seinen Schafknecht K. mit seiner Herde dorthin geschickt. Er selbst ist nie auf die Weide gekommen, es ist aber zwischen ihm und B. und W. ausdrücklich vereinbart worden, daß K. auch diese Schafe übernehme und mit den Schafen des Bekln. (in unabgeteilter Herde) weide. Damit ist aber der Besitz dieser Schafe nicht auf den Bekln. übergegangen, sondern bei B. und W., welche in H. selbst wohnten, geblieben, denn diese allein hatten die tatsächliche Gewalt über die Schafe. Der Bekl. wollte gar keine Gewalt über sie ausüben, er ließ sie eben unter Aufsicht seines Schafknechts mit seiner Herde laufen. Daß sie etwa zeitweise in abgeschlossene, dem Bekln. gehörige Räume verbracht worden seien, ist von den Klägern selbst nicht behauptet. Ist hienach der Bekl. N. nicht Besitzer der Schafe des B. und W. geworden, so war er auch nicht Halter der

selben. Aber es fehlt noch ein weiteres Moment. Halter ist nur, wer in eigenem Interesse die Sorge für ein Tier übernommen hat. Dies trifft für den Bekln. bezüglich der Schafe des B. und W. nicht zu. Daß er nicht die Sorge für sie übernommen hat, ist schon oben ausgeführt. Er hatte aber auch keinerlei Interesse an diesen Tieren. Die Kläger legen darauf Wert, daß unbestritten die Auslagen für Weide, Schäfer und Futter nach der Kopfzahl der Schafe umgelegt worden sei, so daß der Bekl. ein Interesse daran gehabt habe, daß möglichst viele Schafe auf seiner Weide gehütet werden, weil der Aufwand für jedes Schaf um so kleiner wurde, je mehr es Schafe waren. Allein alles dies ist kein Interesse an dem Tier selbst, an dessen Ausnützung, das die Haftbarkeit aus § 833 begründen würde.

Urt. des II. CS. vom 9. Nov. 1905 i. S. Nägele g. Weidle.

8.

1. Besteht zwischen persönlichen und Geschäfts-Schulden eines Einzelkaufmanns ein rechtlicher Unterschied? 2. Zur Auslegung des § 344 Abs. 1 HGB.

Der Kaufmann Karl R. war unter der Firma G. S. u. Cie., Besitzer einer in F. betriebenen Lackfabrik und eines in St. befindlichen Geschäftes, welches zum Verkaufe der in der F.er Fabrik hergestellten Waren diente. Er verkaufte im Jahr 1900 das letztere Geschäft mit dem Rechte zur Führung der Firma G. S. u. Cie. an die Kaufleute M. und S., sodann wurde am 1. Juni 1902 das F.er Geschäft in eine offene Handelsgesellschaft zwischen dem R. und dem Kaufmann F. G. als Teilhabern umgewandelt. Im Oktober 1904 ist R. ausgetreten und F. G. der alleinige Inhaber der Firma G. S. u. Cie. in F. geblieben. Letztere Firma erhob gegen die Firma M. u. S. in S., welche zunächst von ihr den Bedarf an Lack bezogen, die Geschäftsverbindung aber im Jahr 1903 gelöst hatte, im September 1903 Klage und beantragte in der münd-

lichen Verhandlung der Sache Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 15 804,25 M. als Restkaufpreis aus den Warenlieferungen. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Sie bestritt die Klageforderung an sich nicht, machte aber Tilgung ihrer Schuld durch Zahlungen und Aufrechnung von Gegenforderungen mit zusammen 17 412,65 M. geltend. Unter der Behauptung, sie habe mit R. vereinbart, daß sie ihre Warenkaufpreisschuld an das F.er Geschäft um die Beträge der uneinbringlichen Ausstände des ihr verkauften S. Geschäftes kürzen dürfe, brachte sie insbesondere eine Gegenforderung in der Höhe der Ausstände von insgesamt 9412,65 M. zur Aufrechnung. Die Klage ist abgewiesen worden. Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Anlangend die Gegenforderung der Bekln. von 9412 M. 65 Pf., so ist erwiesen, daß die uneinbringlichen Ausstände sich auf diesen Betrag belaufen haben. Weiter steht fest, daß R. nach dem Verkauf seines St.er Geschäfts, aber vor der Umwandlung seines F.er Geschäfts in eine offene Handelsgesellschaft mit der Bekln. vereinbart hat, daß sie den Betrag der uneinbringlichen Ausstände des auf sie übergegangenen St.er Geschäfts an dem Betrag ihrer Warenschulden gegenüber dem F.er Geschäft des R. kürzen dürfe.

Diese letztere Vereinbarung ist jedoch ohne jede rechtliche Bedeutung. Zur Zeit des Abschlusses dieser Vereinbarung hat R. unbestritten das F.er Geschäft als Einzelkaufmann betrieben. Es ist nicht einzusehen, welchen Zweck eine Vereinbarung dahin, daß die Bekl. eine ihr gegen R. obliegende Warenschuld gegen die ihr gegen denselben R. zustehende Garantieforderung aufrechnen dürfe, haben sollte, solange R. sein Geschäft als Einzelkaufmann betrieb, da insolange alle Forderungen und Verbindlichkeiten lediglich in seiner Person entstanden, sich also bei den fraglichen Schuldverhältnissen von Anfang an dieselben Personen als Gläubiger und Schuldner gegenüberstanden und auch ohne eine Vereinbarung die Gleichartigkeit der beiderseitigen Leistungen gegeben war.

Wohl aber konnte vom Standpunkt der Parteien die Vereinbarung über die Aufrechnung dann Bedeutung haben, wenn sie für den Fall einer Veränderung in den Rechtsverhältnissen des R. getroffen war, nämlich für den Fall einer Veräußerung seines Geschäfts mit Aktiven und Passiven oder für den nachher auch in der Tat eingetretenen Fall einer Umwandlung seines Geschäfts in eine offene Handelsgesellschaft. Und dies will offenbar die Bekl. behaupten, wenn sie betont, daß die Vereinbarung schon vor dem 1. Juni 1902, dem Beginn der offenen Handelsgesellschaft, getroffen worden sei und daß die nachher am 22. Juli 1902 erfolgte schriftliche Niederlegung dieser Vereinbarung nur eine Bestätigung, nicht der Abschluß der Vereinbarung sei. Insbesondere aber behauptet die Bekl. nicht, daß schon zur Zeit des Wirksamwerdens der offenen Handelsgesellschaft die Aufrechnung bereits stattgefunden gehabt habe. Unter diesen Umständen kann die in der Urkunde vom 22. Juli 1902 enthaltene Vereinbarung nur dahin aufgefaßt werden, daß das vereinbarte Aufrechnungsrecht der Bekl. hauptsächlich für den Fall einer Veränderung in der Inhaberschaft des F.er Geschäfts, von dem die Bekl. ihre Waren bezog, festgesetzt sein sollte. Es fragt sich somit weiter, da nach dem Vorbringen der Bekl. die Vereinbarung über das Aufrechnungsrecht nur zwischen R. und der Bekl. abgeschlossen worden ist, ohne daß der spätere Gesellschafter des R. hiebei beteiligt gewesen wäre, ob bei der Umwandlung des F.er Geschäfts in eine offene Handelsgesellschaft die Garantieschuld mit dieser ihr angehängten Vereinbarung auf diese Gesellschaft übergegangen ist.

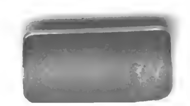
Diese Vereinbarung kann nun den Sinn haben, daß die Garantieschuld jetzt schon, mit dem Abschluß der Vereinbarung, als zum F.er Geschäft gehörig gelten solle, so daß bei einer Veränderung in der Inhaberschaft des Geschäfts sie mit den sonstigen Passiven ohne weiteres auf den neuen Inhaber überging. Oder kann der Sinn der sein, daß erst für den Fall einer solchen Veränderung eine solche Zugehörigkeit eintreten solle. Beide Fälle liegen rechtlich gleich, da in beiden

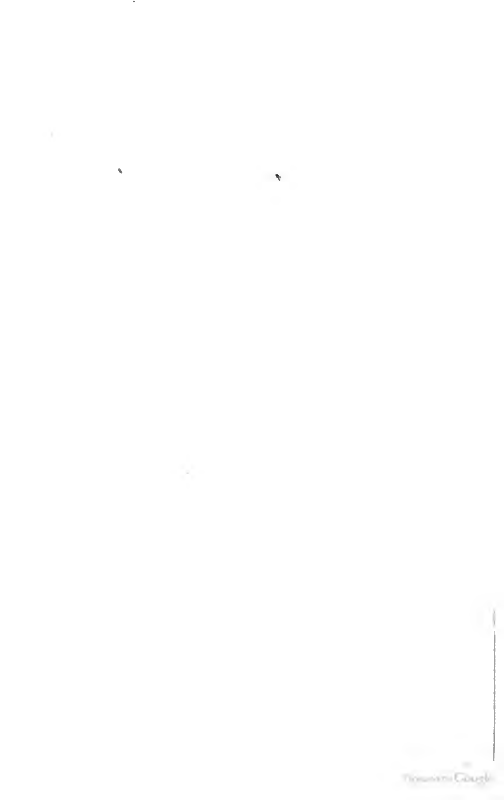
Fällen die Zugehörigkeit der Garantieschuld vor dem Wirksamwerden des neuen geschäftlichen Rechtsverhältnisses eintreten sollte. Der Kern der Frage ist also der, ob das Gesetz bei einem Einzelkaufmann eine rechtlich in Betracht kommende Trennung der auf sein Geschäft bezüglichen Aktiva und Passiva und seines persönlichen oder Privatvermögens zuläßt. Durch die Vereinbarung ist eine solche Trennung verabredet; ist die Vereinbarung wirksam, so ist die Garantieschuld als Schuld des Geschäfts erklärt und als solche nach HGB. § 28 Abs. 1 auf die am 1. Juni 1902 wirksam gewordene offene Handelsgesellschaft und dann auch auf die Klägerin übergegangen, so daß der von der Bekl. gewollten Aufrechnung kein Hindernis im Wege stünde. Allein die gedachte Vereinbarung hat eine solche Trennung nicht bewirkt.

Das HGB. kennt bei einem Einzelkaufmann eine Unterscheidung zwischen Geschäftsschulden und persönlichen Schulden ebensowenig wie eine rechtlich erhebliche Trennung der verschiedenen Betriebsvermögen, wenn ein Einzelkaufmann unter verschiedenen Bezeichnungen an verschiedenen oder an demselben Orte verschiedene Handelsgewerbe betreibt[1]). Vielmehr steht das Gesetz auf dem Standpunkt, daß das Vermögen des Einzelkaufmanns, mag er selbständige Handelsgewerbe betreiben so viele er will, nach der aktiven und passiven Seite ein einheitliches, nicht ein für den Rechtsverkehr in Geschäftsvermögen und sonstiges Vermögen geschiedenes sei. Es kann somit auch nicht im Wege der Vereinbarung eine solche für den Rechtsverkehr in Betracht kommende Trennung bewirkt werden. Nur wenn es bei dem einen oder anderen oder sämtlichen der mehreren Handelsgewerbe des Einzelkaufmanns zu einer Veräußerung mit Aktiven und Passiven oder zu einer Umwandlung in eine offene Handelsgesellschaft kommt, muß eine Trennung der bis dahin in der Person des Einzelkaufmanns vereinigten Aktiva und Passiva sowohl nach den einzelnen Geschäften in Aktiva und Passiva des betreffenden Geschäfts als auch in persönliche Aktiva und

[1]) So auch beiläufig ROHG. 24 S. 165.


SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
VE RI TAS
CHRISTO ET ECCLESIAE





v 1 1

46

Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege.

Neunzehnter Band.

Jahrbücher

der

Württembergischen Rechtspflege

herausgegeben

von den Mitgliedern

des

Oberlandesgerichts und des Verwaltungsgerichtshofs zu Stuttgart

und des

Vorstandes der württembergischen Anwaltskammer.

Neunzehnter Band.

(Zitierweise: WürttJ.)

Tübingen.
Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.
1907.

Druck von H. Laupp jr in Tübingen.

Inhaltsübersicht des neunzehnten Bandes.

I. Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

B. in Strafsachen.

II. Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

III. Abhandlungen.

IV. Literarische Anzeigen.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

1.

Einrede des nichterfüllten Vertrags im Fall der Lieferung einer mangelhaften Sache?

Gegenüber der Klage auf Bezahlung gelieferter Herde hat Bekl. die Einrede des nicht erfüllten Vertrags geltend gemacht mit der Begründung, die Herde leiden an erheblichen Mängeln. Hierüber sagen die

Gründe

des Berufungsurteils:

In erster Linie ist schon die Zulässigkeit oder Einrede im vorliegenden Fall zu verneinen; denn Kl. hat seinerseits den Vertrag erfüllt.

Ob die Lieferung einer mangelhaften Sache Erfüllung oder Nichterfüllung sei d. h. nur die Pflicht zur Gewährleistung oder auch die Folgen des Erfüllungsverzugs begründe, ist bestritten. Die Richtigkeit der Ansicht, daß der Verkäufer schon durch seinen einseitigen Leistungsakt erfülle [1]), kann zweifelhaft sein. Jedenfalls aber hat der Verkäufer dann erfüllt, wenn dem Käufer die mangelhafte Sache über-

[1]) Staub, HGB. Exkurs zu § 374 Anm. 37, § 377 Anm. 3; Crome, System des bürgerlichen Rechts § 220 Anm. 2, 4.

geben ist, wenn er sie als Erfüllung angenommen hat. Entdeckt der Käufer nach diesem Zeitpunkt an der Sache Mängel, so kann er nicht mehr geltend machen, der Verkäufer habe noch nicht erfüllt, vielmehr ist er (vom Fall einer Arglist des Verkäufers abgesehen) ausschließlich auf die Gewährleistungsansprüche angewiesen [1]). Auch § 459 BGB. bezeichnet als den für den Beginn der Gewährleistungspflicht des Verkäufers entscheidenden Zeitpunkt die Uebergabe der Kaufsache.

Vorliegend ist außer Streit, daß die Herde der Bekl. übergeben und von ihr angenommen worden sind. Sie kann daher die Einrede des nicht erfüllten Vertrags nicht mehr vorbringen.

Für die Ansicht, daß die Lieferung einer mangelhaften Sache selbst dann keine Erfüllung sei, wenn der Käufer die Sache angenommen habe, wird geltend gemacht: die Bestimmung des § 367 1. Entw. z. BGB., daß ein Teil, der die als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen habe, nicht wegen Nichterfüllung die Gegenleistung verweigern könne, sei von der Kommission für die 2. Lesung gestrichen worden, da die Frage, wie die Annahme einer nicht ordnungsmäßig beschaffenen Leistung auf die materielle Rechtslage der Parteien wirke, keiner besonderen Entscheidung bedürfe, die Versagung der Einrede aber unter allen Umständen zu Unbilligkeiten führen könne. Dieser Grund hat jedoch im Gesetz keinen Ausdruck gefunden und es stehen ihm erhebliche Bedenken entgegen. Die Sicherheit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs verlangt, daß, wer einmal eine Leistung als Erfüllung angenommen hat, diese Annahme als solche nicht hinterher wieder zurücknehmen und ungeschehen machen könne. Die Rücksicht auf die Verkehrssicherheit war es auch, welche dazu geführt hat, für die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche besonders kurze Verjährungsfristen zu bestimmen. Dieser Anschauung würde es widerstreiten, wenn etwa einer nach dem Ablauf jener Frist erhobenen

[1]) Dernburg, Das bürgerliche Recht § 185, DJZ. von 1903 S. 4; Düringer-Hachenburg HGB. Bd. III S. 82, 124.

Klage auf Zahlung des Kaufpreises noch die Einrede des nicht erfüllten Vertrags entgegengesetzt werden könnte [1]).

Urt. des III. CS. vom 31. Okt. 1905 i. S. Kärn g. Ehnes.

2.

Ist die Bestimmung in einem Biervertrag einer Brauerei mit einem Wirt, daß bei Veräußerung der Wirtschaft der Wirt als Selbstschuldner dafür aufzukommen hat, daß der Erwerber die Verpflichtung zum Bierbezug in vollem Umfang übernehme, auch auf Veräußerungen im Weg der Zwangsversteigerung zu beziehen?

Die Frage wurde verneint aus folgenden

Gründen:

Mit Recht hat der erste Richter angenommen, daß die Bestimmungen der §§ 2 und 3 des zwischen den Parteien am 28. Feb. 1902 abgeschlossenen Vertrags auf den eingetretenen Fall der Veräußerung des Wirtschaftsanwesens im Weg der Zwangsversteigerung keine Anwendung findet. Nach dem Inhalt des Vertrags waren die W.schen Eheleute verpflichtet, solange sie die Wirtschaft selber führen, auf die Dauer von 6 Jahren das Bier von der Bekln. zu beziehen; ferner war der Kl. J. W. auf solange verpflichtet, in den Fällen, wo er die Wirtschaft abgibt, den Nachfolger zum Bierbezug von der Bekln. zu veranlassen und für die Erfüllung der von dem Nachfolger der Bekln. gegenüber übernommenen Verpflichtung als Selbstschuldnerbürge haftbar zu sein. Diesem Inhalt der Vertragspflichten des Klrs. ist zu entnehmen, daß sie sich nur auf die Fälle beziehen, in denen der Kl. die Wirtschaft von sich aus abgibt und er in der Lage ist, den Erwerber des Grundstücks zur Uebernahme der Verpflichtung, das Bier von der Bekln. zu beziehen, durch rechtlichen Zwang zu bestimmen, nicht aber auf den Fall der

[1]) Aehnlich die Entsch. des RG. in JW. von 1905 S. 525 f. Nr. 4.

Zwangsversteigerung, wo ihm dies nicht möglich ist, und wo die Veräußerung unabhängig von seinem Willen erfolgt. Auch der Wortlaut des § 3 des Vertrags spricht nicht für die Auffassung der Bekln. Wenn hier von der Nichterfüllung der „von Herrn W. übernommenen" Verpflichtungen und von „Vertragsbruch" die Rede ist, so weist das darauf hin, daß eine durch das Verhalten des Klrs. veranlaßte Nichterfüllung gemeint ist. Die Rücksicht auf Treu und Glauben (§ 157 BGB.) führt keineswegs zu einem andern Ergebnis. Diese Rücksicht läßt vielmehr bei einer Vereinbarung einer Vertragsstrafe die Auslegung als die richtigere erscheinen, die den Unterschied zwischen einem vertragswidrigen Verhalten und einer durch andere Umstände veranlaßten Unmöglichkeit der Vertragserfüllung zur Geltung bringt, und nicht die Auslegung, die diesen Unterschied verwischt, dies um so mehr, als die Frage nicht ganz von der Hand zu weisen ist, ob nicht unter Umständen die Festsetzung einer Vertragsstrafe für einen ohne Verschulden eingetretenen Fall der in Rede stehenden Art geradezu als gegen die guten Sitten verstoßend anzusehen wäre.

Hienach besteht nach dem zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag keine Verpflichtung des Klrs., auch im Falle der Zwangsversteigerung dafür einzustehen, daß der Ersteher von der Bekln. Bier bezieht.

Das hat die hiefür beweispflichtige Bekl. nicht dargetan, daß das vertragswidrige Verhalten des Klrs. es gewesen sei, das die Zwangsversteigerung herbeigeführt habe. Wenn behauptet wird, der Klr. habe die Zwangsversteigerung durch den Betrieb eines Viehhandels „verschuldet", so ist damit gesagt, er habe durch Versäumnis der von einem ordentlichen Haushalter beobachteten Umsicht in der Behandlung seiner Vermögensangelegenheiten den wirtschaftlichen Zusammenbruch herbeigeführt. Hierin ist die Verletzung einer Vertragspflicht gegenüber der Bekln. nicht zu erblicken.

Urt. des I. ZS. vom 12. Januar 1906 i. S. Aktienbrauerei Rettenmeyer g. Weber.

3.

Rechnungslegungspflicht eines Wirts in betreff einer Trinkgelderkasse seiner Lehrlinge.

Kl. war Lehrling im Gasthof des Bekln. Verabredet war, daß der Lehrling das eingenommene Trinkgeld jeden Tag an den Bekln. abzugeben habe, daß dieses Trinkgeld in eine besondere Trinkgelderkasse fließe und dann von diesem Geld die nötigen Auslagen für den Lehrling bestritten werden sollen. Die Trinkgelderkasse wurde in dem regelmäßig verschlossenen Buffet des Bekln., zu dem nur dieser selbst und seine Ehefrau den Schlüssel hatten, aufbewahrt. Nur Bekl. selbst durfte Geld aus der Kasse nehmen. Waren Auslagen für den Lehrling nötig, so bezahlte diese teils der Bekl. selbst unmittelbar aus der Trinkgelderkasse, teils händigte er dem Lehrling den erforderlichen Betrag zur Vereinigung der Schuld aus. Die Lehrlinge hatten die Weisung, daß sie die von ihnen gemachten Ausgaben aufschreiben und den Aufschrieb dem Bekln. übergeben sollten. Letzterer hatte sodann die Ausgaben in sein Buch einzutragen.

Neben dem Klr. war in der Zeit vom 1. Januar 1903 bis 22. September 1904 noch ein weiterer Lehrling A. R. beim Bekln. angestellt. Auch R. hatte auf die gleiche Weise, wie Klr., seine Trinkgelder an den Bekln. zur Einlegung in die Trinkgelderkasse abzuliefern.

Es besteht nun in dem Gasthof des Bekl. die (vom Klr. nicht beanstandete) Uebung, daß wenn Bekl. zwei Lehrlinge hält, von dem Zeitpunkt an, von dem beide Trinkgelder einnehmen, das von da ab eingehende Trinkgeld jedem Lehrling zur Hälfte gehört, ohne Rücksicht darauf, welcher Lehrling das Trinkgeld eingenommen hat. Eine Feststellung des Kasseninhalts hat aber weder beim Eintritt noch beim Austritt des R. stattgefunden. Bekl. ist dem Klagantrag entsprechend für schuldig erklärt worden, ordnungsmäßige Rechenschaft über die vom Klr. an den Bekln. abgelieferten

Trinkgelder und über die Auslagen aus der Trinkgelderkasse abzulegen und dem Klr. eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthaltende Rechnung mitzuteilen.

In den

Gründen

ist gesagt:

Es mag dahingestellt bleiben, ob die gedachte Vereinbarung für sich betrachtet als Auftrag im Sinn des § 662 (bezw. Werkvertrag im Sinn des § 675 BGB.) vgl. mit § 666 BGB. oder als ein Vertrag eigener Art anzusehen wäre. Würde man auch das Letztere annehmen, so handelt es sich jedenfalls um ein dem Auftrag bezw. Werkvertrag im Sinn des § 675 BGB. durchaus verwandtes Vertragsverhältnis, auf welches die Bestimmung des § 666 BGB. jedenfalls entsprechend anzuwenden wäre. Es macht nun keinen Unterschied, daß jene Vereinbarung nicht einen selbständigen Vertrag darstellt, sondern lediglich einen Bestandteil des Lehrvertrags bildet. Denn es ist anzunehmen, daß die Parteien nicht etwa beabsichtigt haben, es solle das Rechtsverhältnis bezüglich der Verwaltung der Trinkgelder um deswillen anders gestaltet sein, weil die Uebernahme der Verwaltung der Trinkgelder nur einen Teil der in dem Gesamtvertrag enthaltenen Vereinbarungen ausgemacht hat. Hiernach ist in entsprechender Anwendung des § 666 BGB. der Bekl. verpflichtet, über die Verwaltung der Trinkgelderkasse Rechenschaft abzulegen. Und zwar hat er, da es sich um eine mit Einnahmen und Ausgaben verbundene Verwaltung handelt, gemäß § 259 BGB. dem Klr. eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben enthaltende Rechnung mitzuteilen.

Dieser Verpflichtung hat der Bekl. durch Vorlage der Aufstellung nicht genügt, da in dieser Aufstellung lediglich Ausgaben und keinerlei Einnahmen verzeichnet sind.

Bekl. bestreitet, daß es sich um eine mit Einnahmen und Ausgaben verbundene Verwaltung des im Sinn § 259

BGB. handle. Insbesondere meint er[1]), von Einnahmen könne nicht gesprochen werden, wenn nur Ablieferungen, welche der die Rechnungslegung Fordernde selbst gemacht habe, in Frage kommen. Dies ist nun zunächst nach dem Wortlaut des § 259 BGB. unzutreffend. Denn der Sprachgebrauch versteht unter Einnahmen Geldempfänge überhaupt, ohne Unterschied, ob sie von dem Vertragsgegner des Empfängers oder von dritter Seite ausgehen. Allerdings sind Fälle denkbar, in denen derjenige, welcher die Gelder dem Vertragsgegner ausliefert, genau weiß oder wissen muß, welche Beträge er im ganzen abgeliefert hat. Von dieser Art sind auch die Fälle, welche in den angeführten Entscheidungen behandelt sind. In Fällen solcher Art mag man annehmen, daß nach den Grundsätzen von Treu und Glauben dem Vertragsgegner nicht zugemutet werden kann, über diese Art von Einnahmen — Einnahmen sind es immerhin — Rechnung zu legen. Dagegen gibt es andererseits Fälle, in welchen nach der Verkehrssitte und nach den Grundsätzen von Treu und Glauben dem Ablieferer von Geldern — namentlich wenn es sich um eine große Anzahl kleiner Beträge handelt — nicht angesonnen wird, daß er sich seinerseits die einzelnen Beträge merke oder aufschreibe. Es verträgt sich nicht mit einem geordneten Geschäftsbetrieb, daß z. B. die Kellner, Friseurgehilfen u. s. w., welche eingegangene Trinkgelder in eine Kasse einzulegen haben, jeweils sich einen Aufschrieb in ein Notizbuch machen.

Auch kommt im vorliegenden Fall noch in Betracht, daß der Klr. für die Zeit, während welcher neben ihm noch der Kellnerlehrling R. im Dienst des Bekl. stand, auch bei regelmäßigem Aufschrieb jedes eingenommenen Trinkgelds nicht in der Lage gewesen wäre, sich über die Höhe des ihm zukommenden Teils der einfließenden Trinkgelder auf dem Laufenden zu halten, weil neben ihm ja auch R. Trinkgelderbeträge, deren Höhe der Klr. nicht kennen konnte, einlegte (in-

[1]) Unter Berufung auf Jherings Jahrbücher Band 18 S. 225 (zu vgl. auch Seuff A. Band 23 Nr. 188).

sofern hat es sich also nicht bloß um Ablieferungen des Klrs. gehandelt) und weil die von beiden Lehrlingen eingelegten Beträge jedem einzelnen Lehrling zur Hälfte gehörten.

Dagegen ist es nicht zu viel verlangt, daß der Verwalter einer solchen Kasse periodisch, etwa wöchentlich, z. B. gleichzeitig mit der Entleerung der Kasse, die ja doch von Zeit zu Zeit statthaben muß, Aufschriebe über den jeweiligen Kassenbestand mache. So ist auch die Lage des gegenwärtigen Falls. Die Grundsätze von Treu und Glauben gebieten daher keineswegs, den Bekln. mit Rücksicht auf die Besonderheit des Falls von der gesetzlich vorgeschriebenen Rechnungslegung über die Einnahmen zu entbinden.

Daß die Auslagen, welche der Bekl. für den Klr. gemacht hat, Ausgaben im Sinn des § 259 BGB.s sind, kann ernstlich nicht bestritten werden.

Wenn Bekl. geltend macht, es wäre widersinnig, wenn ihm zugemutet worden wäre, die eingehenden Trinkgelder im einzelnen aufzuschreiben, so wird ihm dies nach dem oben Ausgeführten auch gar nicht angesonnen. Da in die Kasse nur die Trinkgelder eingelegt worden sind, welche dem Klr. ganz — bezw. zu der Zeit, als neben ihm ein anderer Kellnerlehrling Trinkgelder einlegte, zur Hälfte — gehörten, genügte neben dem Aufschrieb über die gemachten Auslagen eine periodische (etwa jede Woche oder sogar nur jeden Monat stattfindende) kurze Aufzeichnung über den jeweiligen Kassenbestand vollständig.

Ist nun dieser Aufschrieb, wie Bekl. behauptet, unterblieben, so ist es dem Bekln. immerhin auch jetzt noch möglich, eine — wenn auch nur allgemein gehaltene und annähernd richtige — Aufstellung über die vom Klr. eingelegten Trinkgelder zu machen. Zweifellos kann sich der Bekl., welcher die Trinkgelderkasse verwaltet hat und den Besuch seiner Wirtschaft sowie die Gepflogenheit seiner Gäste bezüglich der Verabreichung von Trinkgeldern kennt, ein ungefähres Bild über die durchschnittliche tägliche Trinkgeldereinnahme des Klrs. machen. Er kann durch Besprechung mit seiner Ehe-

frau und durch Erkundigung bei seinen jetzigen und früheren Angestellten seine Erinnerungen zu annähernder Richtigkeit ergänzen und das Ergebnis in einer Aufstellung niederlegen, von der er dann mit gutem Gewissen beschwören kann, daß er sie genauer zu machen nicht imstande sei. (BGB. § 259 Abs. 2.)

Eine geordnete und vollständige Rechnungslegung ist dies allerdings nicht mehr. Allein wenn Bekl. zu einer geordneten und vollständigen Rechnungslegung nicht imstande ist, so entbindet ihn dies nicht von der Pflicht, wenigstens eine allgemein gehaltene und auf Schätzung beruhende Rechnung zu legen.

Urt. des III. CS. vom 30. Januar 1906 i. S. Sattler g. Kieninger.

4.

1. Gilt eine Vertragsbestimmung, wonach Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsvertrag zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern durch ein Schiedsgericht zu entscheiden sind, auch gegenüber ausgeschiedenen Gesellschaftern?

2. Kann sich ein Mitglied einer G. m. b. H. der Gesellschaft dadurch schadensersatzpflichtig machen, daß es eine in der Satzung für zulässig erklärte Veräußerung seiner Geschäftsanteile an einen Gesellschafter vornimmt?

Bekl. ist eine G. m. b. H., die aus Inhabern von Ziegeleien besteht; ihr Gesellschaftsvertrag vom 15. Nov. 1899 enthält eine Bestimmung des in Ziff. 1 der Ueberschrift angegebenen Inhalts; § 5 lautet: „Zur Veräußerung von Geschäftsanteilen — an andere Gesellschafter — ist eine Genehmigung der Gesellschaft nicht erforderlich"; in § 20 des Anhangs ist gesagt: „Falls ein Gesellschafter ein Ziegelwerk veräußert oder verpachtet, ist er verpflichtet, seinen Besitz-

nachfolger zum Eintritt in die Gesellschaft zu veranlassen" und hat, wenn dieser Eintritt nicht erfolgt, eine gewisse Vertragsstrafe zu bezahlen. Kl. hat seinen Geschäftsanteil an einen Gesellschafter übertragen und ist damit aus der Gesellschaft ausgetreten; gegen seine Forderung auf Bezahlung von Ziegelwaren, die er statutengemäß der Bekln. geliefert hatte, hat diese die Einrede, die Entscheidung des Rechtsstreits habe durch Schiedsrichter zu erfolgen, und ferner im Weg der Aufrechnung eine Schadensersatzforderung mit der Begründung geltend gemacht: den Mitgliedern der Bekl. habe durch § 5 des Gesellschaftsvertrags, wie insbesondere § 20 des „Anhangs" zeige, nicht ein beliebiges Ausscheiden aus der Gesellschaft gestattet werden wollen, sondern nur ein Ausscheiden für den Fall, daß etwa ein Gesellschafter die Fabrikation aufgebe und deshalb auszuscheiden wünsche; alle Gesellschafter haben ihre Zustimmung zu dem die Kontingente der Einzelnen feststellenden Beschluß vom 15. Nov. 1899 unter der Voraussetzung und Bedingung erklärt, daß die sämtlichen übrigen Gesellschafter mit dem ihnen bewilligten Kontingent der Gesellschaft beitreten; ein Gesellschafter, der, wie Kl. getan habe, die Bestimmungen des Vertrags dadurch umgehe, daß er seinen Geschäftsanteil an einen Gesellschafter veräußere, um der Gesellschaft Konkurrenz machen und sie (durch Unterbieten) schädigen zu können, handle wider Treu und Glauben, mache sich einer Arglist schuldig und schadensersatzpflichtig. Die Einreden sind verworfen worden.

Gründe:

War Kl. zur Zeit der Klagerhebung nicht mehr Gesellschafter der Bekln., so ist die Einrede der Bekln., der Rechtsstreit sei gemäß § 24 des „Anhangs" zum Gesellschaftsvertrag durch ein Schiedsgericht zu entscheiden, nicht begründet. Denn nach dem Wortlaut dieser Bestimmung läßt sie sich nicht auf Rechtsstreitigkeiten ausgeschiedener Gesellschafter mit der Gesellschaft beziehen; denn ein solcher ist eben nicht mehr Gesellschafter, während der § 24 von Streitigkeiten „zwischen der Gesellschaft und Gesellschaftern" redet;

die innere Wahrscheinlichkeit spricht auch nicht dafür, daß die Gesellschafter sich auch für etwaige nach ihrem Ausscheiden aus der Gesellschaft mit dieser entstehende Rechtsstreitigkeiten aus dem Gesellschaftsvertrag dem Schiedsspruch des Aufsichtsrats der Gesellschaft haben unterwerfen wollen.

Allerdings wird angenommen, der § 22 CPO. sei auch gegenüber ausgeschiedenen Gesellschaftsmitgliedern anwendbar; allein es ist etwas anderes, ob es sich darum handelt, daß das eine oder das andere von mehreren sich gleichstehenden staatlichen Gerichten für die Entscheidung eines Rechtsstreits zuständig ist, oder darum, daß die staatlichen Gerichte mit ihrem Instanzenzug zu Gunsten eines Schiedsgerichts ausgeschaltet sein sollen. Es sagt denn auch z. B. Gaupp-Stein, Komm. zur CPO. in betreff der angeführten Auslegung des § 22 nur: der Wortlaut des Gesetzes sei mit ihr „nicht unvereinbar", „während der praktische Zweck der Bestimmung sie fordere".

Der sachliche Einwand der Bekln., Kl. sei wegen arglistigen Ausscheidens aus der beklagten Gesellschaft ihr (in Höhe eines die Klagsumme mindestens erreichenden Betrags) schadensersatzpflichtig, ist nicht haltbar. Ein Fall des § 226 BGB. liegt augenscheinlich nicht vor. Unter welchen (stillschweigenden) Bedingungen oder Voraussetzungen die einzelnen Gesellschafter der Gesellschaft beigetreten sind, ist unerheblich; der Gesellschaftsvertrag, die bindende Festlegung des Willens der Gesellschaft als juristischer Person, enthält in § 5 von einer Bedingung, Voraussetzung oder Einschränkung der von der Bekl. behaupteten Art lediglich nichts und darf auch mit Rücksicht auf § 20 des Anhangs nicht so, wie Bekl. will, einschränkend ausgelegt werden; der § 20 zwingt auch zu einer solchen Einschränkung keineswegs, da er wohl damit vereinbar ist, daß ein Ausscheiden mittels Abtretung des Geschäftsanteils an einen Gesellschafter — wozu gehört, daß ein solcher Kaufsliebhaber sich findet — unbedingt statthaft ist. Kl. hat also durch sein Vorgehen, was immer seine Beweggründe gewesen sein mögen, nicht arglistig gehandelt oder

gegen Treu und Glauben verstoßen, vielmehr lediglich von einer — vielleicht unüberlegt getroffenen — Gesellschaftsvertragsbestimmung Gebrauch gemacht; er ist daher der Bekln. nicht schadensersatzpflichtig.

Urt. des III. CS. vom 16. Januar 1906 i. S. Ziegelverkaufsstelle Stuttgart g. Weihenmeyer.

5.

Ungerechtfertigte Bereicherung des Trassanten, der mittels Diskontierung eines nachher präjudizierten Wechsels Befriedigung für eine Forderung an den Akzeptanten erlangt hat?

Der Bekl. hat zur Deckung einer ihm gegen die Frau R. R. in B. zustehenden Forderung auf diese seine Schuldnerin einen Wechsel an eigene Order über den Betrag von 800 M., zahlbar am 12. Juli 1904, gezogen und nach Akzeptierung durch die R. gegen Empfang der Valuta begeben. Infolge weiterer Indossamente gelangte der Wechsel an die Klin. als letzte Indossatarin. Der Wechsel wurde von der Akzeptantin nicht eingelöst. Die Klin. versäumte, rechtzeitig Protest erheben zu lassen. Die Akzeptantin besitzt zur Zeit kein pfändbares Vermögen.

Jetzt verlangt die Klin. gemäß Art. 83 WO. und § 812 BGB. von dem Bekln. die Bezahlung des Wechselbetrags von 800 M. nebst Verzugszinsen mit der Behauptung, daß der Bekl. auf Kosten der Klin. in Höhe der empfangenen Wechselvaluta von 800 M. bereichert sei.

Die Klage ist abgewiesen worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Mit Recht hat der Unterrichter die Frage, ob der Bekl. infolge der Präjudizierung des Wechsels bereichert sei, verneint und deshalb weder die wechselrechtliche Bereicherungsklage (WO. Art. 83), noch einen Anspruch wegen ungerecht-

fertigter Bereicherung im Sinne des § 812 BGB. gegen den Bekln. für begründet erachtet. Der Bekl. ist nicht bereichert, weil er für den Wechsel, für den er bei der Bezahlung Valuta erhalten hat, der Trassatin Deckung gegeben hat und zwar durch Verrechnung seiner Kaufpreisforderung gegen das Akzept der Trassatin, mag man nun annehmen, daß das Akzept an Zahlungsstatt oder daß es zahlungshalber gegeben worden ist.

Im ersteren Fall wäre die Deckung in der sofortigen Tilgung der Kaufpreisschuld der Akzeptantin bestanden.

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man aber auch, wenn, wie schon nach bisherigem Recht im Zweifel anzunehmen war und nach ausdrücklicher Bestimmung des BGB. § 364 Abs. 2 im Zweifel anzunehmen ist, das Akzept nur zahlungshalber dem Bekln. gegeben worden ist. Denn wenn auch in solchem Fall die Forderung des Gläubigers nicht mit der Hingabe des Wechsels erlischt, so geht doch der Wille der Beteiligten dahin, daß der Gläubiger zunächst mittels Verwertung des Wechsels sich bezahlt machen solle. Dadurch, daß der Bekl. demgemäß den Wechsel gegen Valuta begab, erlosch zwar die Kaufpreisschuld der Akzeptantin noch nicht, da dem Bekln. die Valuta im Regreßweg entrissen werden konnte; insolange war seine Befriedigung keine endgültige und die Kaufpreisforderung nur suspendiert. Die Befriedigung wurde jedoch eine endgültige und es erlosch die Kaufpreisforderung, sobald infolge der Präjudizierung des Wechsels dem Bekln. die Valuta im Regreßweg nicht mehr entrissen werden konnte.

Ob die Akzeptantin bei der Hingabe des Akzepts vermögenslos oder zahlungsunfähig und daher die Kaufpreisforderung nicht beitreibbar war, kann dahingestellt bleiben. Denn Bekl. ist auch in diesem Fall nicht bereichert, da er mittels des Wechsels durch die Valuta lediglich das erhalten hat, was er anzusprechen hatte, was ihm von Rechts wegen der Akzeptantin gegenüber gebührte (suum recepit). Es enthält keine Bereicherung des Gläubigers, wenn derselbe auf

eine wenn auch gegen einen zur Zeit zahlungsunfähigen Schuldner zustehende Forderung diejenige Zahlung erhält, die er in der Höhe, in der Art und zu der Zeit zu beanspruchen hat, indem er hier durch die Annahme der Zahlung nur ein ihm zustehendes Recht verwirklicht.

Es kann auch nicht gesagt werden, der Trassant dürfe die Valuta im Falle der Präjudizierung deshalb nicht behalten, weil er sie ja im Wege der Bereicherungsklage herausgeben müsse. Denn es kann zur Begründung der Bereicherungsklage nicht ein Tatbestand unterstellt werden, der nur gegeben ist, wenn die Bereicherungsklage begründet wäre. Vielmehr ist die Bereicherungsklage deshalb nicht gegeben, weil der Bekl., selbst wenn und obgleich er die Valuta behalten darf (zufolge des Ausschlusses des Regreßwegs), nicht bereichert ist.

Daß der Bekl. etwa dadurch bereichert wäre, daß er sich für die Forderung aus dem Wechselakzept gegen die Akzeptantin einen vollstreckbaren Titel verschafft hat, wird in dieser Instanz nicht mehr geltend gemacht. Wie die Klin. selbst vorträgt, hat ja die von dem Bekln. gegen die Akzeptantin betriebene Zwangsvollstreckung aus jenem Schuldtitel zu einer Befriedigung des Bekln. nicht geführt.

Urt. des III. CS. vom 10. Okt. 1905 i. S. Gewerbebank Böblingen g. Keck.

6.

§ 833 BGB., Zusammenwirken mehrerer von verschiedenen Personen gehaltener Tiere zur Entstehung eines Schadens.

Die Frau des Klrs. war mit dem Melken einer dem Klr. gehörigen und von ihm gehaltenen Kuh beschäftigt, als plötzlich die ebenfalls dem Klr. gehörige und von ihm gehaltene Katze, die von dem dem Bekln. gehörigen und von diesem gehaltenen Spitzerhund verfolgt wurde, in den Stall herein und unter der von der Frau des Klrs. gemolkenen Kuh und

unter den andern im Stall befindlichen Kühen durchsprang. Hiedurch wurden sämtliche Kühe unruhig und schlugen aus. Insbesondere scheute die Kuh, unter der die Frau des Klrs. auf dem Melkschemel saß, schlug aus und warf die Frau des Klrs. zu Boden. Diese erlitt hiedurch mehrere Verletzungen. Für den seiner Frau hiedurch erwachsenen Schaden hat Kl. vom Bekln. als dem Halter des Hunds auf Grund des § 833 BGB. Ersatz verlangt. Im Berufungsverfahren ist der Klaganspruch zu $^1/_3$ für gerechtfertigt erklärt worden aus folgenden

Gründen:

Der Kl. geht selbst davon aus, daß der unvermutete Eintritt des Hundes und der Katze die Kuh erschreckt und deren Ausschlagen herbeigeführt und daß die Kuh ausgeschlagen hat, um sich gegen beide Tiere zu schützen. Diese Annahme des *Klrs.* steht auch im Einklang mit dem Gutachten des Sachverständigen H. H., der sich dahin ausgesprochen hat, daß Kühe zwar in der Regel gegen Katzen nicht empfindlich seien, daß dies aber dann nicht der Fall sei, wenn eine Katze ganz unversehens und rasch in einen Kuhstall hereinspringe.

Auf der anderen Seite bezweifelt der Bekl. nicht, daß das Bellen seines Hundes in Verbindung mit dem raschen und plötzlichen Durchspringen der Katze die Kuh erschreckt habe. Der Sachverständige B. gibt an, daß die Kühe gegen bellende Hunde sehr empfindlich seien, namentlich wenn diese plötzlich in den Stall hereinspringen. Hienach gelangte das Berufungsgericht zu der Feststellung, daß das Bellen des Hundes und das rasche Durchspringen der Katze unter der Kuh zusammengewirkt haben zum Scheuwerden der Kuh.

Aus Vorstehendem ergibt sich, daß das Tun der Katze und das Tun (das Bellen) des Hundes je als Ursache des Scheuwerdens der Kuh zu betrachten sind. Der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Bellen des Hundes und dem Scheuwerden der Kuh wird dadurch nicht aufgehoben, daß das Durchspringen der Katze in den Verlauf der Tatsachen eingegriffen hat. Ebensowenig ist das Tun des Hundes die

alleinige Ursache des Scheuwerdens, und zwar selbst dann nicht, wenn — wie anzunehmen — die Katze durch das Bellen und einen Angriffsversuch des Hundes zu dem raschen und plötzlichen Hineinlaufen in den Stall bestimmt worden ist. Das Scheuwerden der Kuh steht sowohl zum Tun der Katze als zu dem des Hundes im Verhältnis der Wirkung zur Ursache.

Da die Kuh wie unbestritten unter dem Einfluß des ihr durch die 2 anderen Tiere eingejagten Schreckens mit den Füßen ausgeschlagen und damit die Verletzung der Frau des Klägers bewirkt hat, so ist auch der ursächliche Zusammenhang zwischen dieser Verletzung einerseits und dem Tun des Hundes und dem der Katze andererseits gegeben. Was zunächst den Hund betrifft, so wird die Kausalität seines Tuns und damit die Haftung des Bekln. aus § 833 BGB. mit Unrecht aus dem Grunde bestritten, weil die Verletzung der Frau nicht unmittelbar durch den Hund bewirkt worden sei. Der § 833 verlangt nicht, daß der Körper des Tiers in direkte mechanische Berührung mit dem Körper des verletzten Menschen (oder mit der beschädigten Sache) gekommen sei; die Voraussetzung der Haftung aus dieser Gesetzesbestimmung ist vielmehr auch dann gegeben, wenn das Tier einen andern Gegenstand in Bewegung setzt und dieser infolge dessen den Körper eines Menschen berührt und verletzt[1]).

Einem solchen Vorgang, wo sich die Verkettung der im Verhältnis von Ursache und Wirkung stehenden Tatsachen nach rein mechanischen Gesetzen vollzieht, stehen aber rechtlich vollständig gleich die Fälle, in denen ein Tier durch sein äußeres Tun auf die Sinne eines andern Tieres einwirkt und hiemit bei diesem einen durch psychologische Gesetze bedingten seelischen Affekt herbeiführt, durch den es zu einer (Schaden stiftenden) Bewegung bestimmt wird. Hat, wie feststeht, der Hund des Bekln. (im Verein mit der Katze) die Kuh erschreckt und zu der Bewegung veranlaßt, die die Ver-

[1]) RG. 50, 221; 60, 66; JW. 1905, 174; Württ. J. 15, 22. Vgl. auch Schmoller im Archiv für civ. Praxis 98, 1 ff.

letzung der Frau des Klrs. bewirkte, so ist sein (und der Katze) Tun kausal für diese Verletzung gewesen. Der Fall liegt nicht anders, als wenn durch das Zischen einer Eisenbahnlokomotive ein Pferd scheu gemacht wird und unter dem Einfluß dieses Affekts eine Bewegung ausführt, die einen Menschen verletzt. Hier ist das Geräusch der Lokomotive kausal für die Verletzung des Menschen[1]).

Diesem Geräusch steht im vorliegenden Falle nach dem Begriff des Kausalzusammenhangs das Bellen des Hundes durchaus gleich und der Kausalzusammenhang begründet — beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen — die Haftung des Tierhalters wie im andern Fall die Haftung des Eisenbahnunternehmers.

Die Haftung des Bekln. hat weiterhin zur Voraussetzung, daß das Tun seines Hundes als ein willkürliches zu betrachten ist, da nur dann angenommen werden kann, die Verletzung der Frau des Klrs. sei durch den Hund verursacht. Die Ausführungen des Bekln., wonach ein willkürliches Tun des Hundes deshalb nicht vorliege, weil er infolge der zwischen Hund und Katze bestehenden instinktiven Abneigung unter einem unwiderstehlichen Zwange gehandelt habe und die Katze habe verfolgen müssen, gehen durchaus fehl. Es kann mit dem Reichsgericht[2]) angenommen werden, daß ein willkürliches selbständiges Tun eines Tieres nicht vorhanden und eine Haftung des Tierhalters ausgeschlossen ist, wenn ein äußeres Ereignis auf den Körper oder die Sinne des Tieres mit einer Gewalt eingewirkt hat, der Tiere der in Frage kommenden Art nach physiologischen Gesetzen nicht widerstehen können und wenn es im Zustande eines solchen Zwangs Schaden anrichtet. Aber ein solches mit unwiderstehlicher Gewalt über ein Tier hereinbrechendes Ereignis war für den Hund des Beklagten der Anblick der Katze nicht. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, daß die

[1]) Vgl. hiezu RG. in JW. 1896, 305; Eisenb.E. 13, 156. Eger, Haftpflichtgesetz 5. Aufl. S. 129.

[2]) Vgl. RG. 54, 73 ff.; 60, 66 ff.

— notorisch die Regel bildende — heftige Abneigung des Hundes gegen das Katzengeschlecht auch beim Hund des Bekln. vorhanden gewesen sei, so fehlt es doch an jedem Anhaltspunkte dafür, daß gerade im vorliegenden Fall der Hund durch das Erscheinen der Katze in einen Zustand des Zwanges versetzt worden sei, in dem er gar nichts anderes habe tun können, als mit lautem Gebell auf die Katze loszustürmen.

Wenn man mit Recht im Anwendungsgebiet des § 833 BGB. dem Tier einen Willen in gewissem Sinne zuerkennt, so ist als Betätigung dieses Willens jedes Tun des Tieres zu betrachten, bei dem es, wenn auch unter dem Einfluß eines noch so heftigen Affektes stehend, demnach die Wahl hatte, so oder anders zu handeln. In diesem Sinne hatte der Hund des Bekln. die Wahl zu bellen und die Katze zu verfolgen oder nicht, und es war sein Angriff auf die Katze ein selbständiges willkürliches Tun.

Es bedarf nach vorstehendem keiner Ausführung, daß auch bei der Katze, als sie aus Furcht vor dem Angriff des Hundes davon lief, und bei der Kuh, als sie durch das Auftreten des Hundes und der Katze erschreckt mit den Füßen hinausschlug, kein „mit unwiderstehlicher Gewalt hereinbrechendes Ereignis" im Spiele war, dem die Wirkung zukommen würde, ein selbständiges Verhalten der Katze und der Kuh auszuschließen [1]).

Diese Erwägungen führen zu der Feststellung, daß das Verhalten des Hundes, der Katze und der Kuh verschiedene Ursachen bildet, deren Zusammenwirken die Verletzung der Frau des Klrs. herbeigeführt hat. Aus diesem Zusammenwirken von drei verschiedenen Ursachen zieht der Bekl. den Schluß, daß er jedenfalls nur zu einem Drittel für den entstandenen Schaden hafte. Dieser Auffassung ist beizupflichten.

Es unterliegt zunächst keinem Zweifel, daß auch in der Person des Klägers, der der Halter der Kuh und der Katze ist, die Voraussetzungen der Haftung aus § 833 BGB. vorliegen. Er haftet nach § 833 seiner Frau für den durch

[1]) Vgl. auch Sörgel, Rechtsprechung 1904 S. 184.

diese Tiere mitbewirkten Schaden, und es gehen die Parteien mit Recht davon aus, daß das zwischen den Ehegatten bestehende Güterrechtsverhältnis auf den Grund und den Umfang dieser Haftung an sich ohne Einfluß ist.

Das BGB. trifft keine besondere Bestimmung für den Fall, daß mehrere von verschiedenen Personen gehaltene Tiere zur Entstehung eines Schadens zusammenwirken. Daß jede dieser Personen an sich haftbar ist, kann nicht bezweifelt werden. Dagegen sind Zweifel möglich in betreff des Umfangs und der Verteilung ihrer Haftpflicht.

In der Literatur und Rechtsprechung sind zwei widersprechende Ansichten vertreten.

Nach der einen haften die mehreren Tierhalter von vornherein zu gleichen Anteilen gemäß § 420 BGB. [1]).

Die andere und überwiegende Ansicht, der jetzt auch das Reichsgericht [2]) beigetreten ist, geht dahin, daß die mehreren Tierhalter gemäß § 830 und 840 Abs. 1 BGB. als Gesamtschuldner haften. Dabei herrscht aber Uebereinstimmung darüber, daß im Verhältnis der Tierhalter untereinander eine Ausgleichung der Haftung nach § 426 BGB. einzutreten hat [3]).

Die Streitfrage bedarf aber im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Entweder teilt sich der Bekl. von vornherein mit dem Kläger in die Haftung gemäß § 420 BGB. und haftet schon aus diesem Grunde nur für ein Drittel des angerichteten Schadens. Oder aber war ursprünglich seine Haftung als Gesamtschuldner begründet. Dann hat er das gemäß § 426 ihm zweifellos gegen den Klr. zustehende Ausgleichungsrecht durch seine im Prozeß abgegebene Erklärung in zulässiger, auch vom Klr. nicht beanstandeter Weise aus-

---

[1]) Vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht 2. Band § 396 III S. 649. Isay in Iherings Jahrb. Bd. 39 S. 319.

[2]) Entsch. 60, 315.

[3]) Planck, Komm. 1. u. 2. Aufl. § 833, 2c; Crome § 336 1, 3; § 338 II; Rspr. OLG.; Scherer 1903 S. 289; 5 S. 750; Sörgel 1902 S. 114.

geübt und zwar mit der Wirkung, daß er nur zu einem Drittel ersatzpflichtig ist.

Hiebei geht der Senat von der Auffassung aus, daß die Haftung für den durch mehrere Tiere mehrerer Tierhalter verursachten Schaden sich nicht nach den Köpfen der Tierhalter, sondern nach der Zahl der von jedem gehaltenen Tiere verteilt, daß im vorliegenden Fall, da der Klr. zwei, der Bekl. eines von den 3 schadenstiftenden Tieren gehalten hat, der Klr. $^2/_3$, der Bekl. $^1/_3$ des Schadens zu ersetzen hat. Wären die 3 Tiere von 3 verschiedenen Personen gehalten gewesen, so hätte der Bekl. zweifellos nur $^1/_3$ des Schadens zu tragen gehabt, und es liegt kein Grund vor, ihn deshalb ungünstiger zu behandeln, weil zwei der Tiere von derselben Person, dem Klr., gehalten wurden.

Urt. des II. CS. vom 28. Septbr. 1905 i. S. Mayer g. Scham.

7.

Zu § 833 BGB. (Begriff des Tierhalters).

In den

Gründen

eines Berufungsurteils ist zunächst ausgeführt, es sei nicht erwiesen, daß das Schaf, das den Sohn des Klrs. geschlagen habe, Eigentum des Bekl. gewesen sei, sodann wird fortgefahren:

Der Unterrichter hat dies für unerheblich erklärt, da der Bekl. N. bezüglich der ganzen Herde als Tierhalter anzusehen sei. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden.

Tierhalter ist, wer im eigenen Interesse durch Gewährung von Obdach und Unterhalt die Sorge für das Tier übernommen hat und zwar nicht bloß zu einem ganz vorübergehenden Zweck, sondern auf einen Zeitraum von gewisser Dauer. Die Auffassung des Klrs., weil nach der Feststellung im unbestrittenen Teil des Tatbestands B. und W. ihre Schafe dem Bekln. N. für die ganze Weidezeit für War-

tung, Fütterung und Beaufsichtigung übergeben haben, brauche es keines weiteren Beweises dafür, daß Bekl. Tierhalter der ganzen Herde sei, kann nicht für zutreffend erachtet werden, denn der Bekl. hat stets bestritten, auch der Halter der Schafe des B. und des W. zu sein. Selbst wenn also die erwähnte Feststellung nicht auf einer unzutreffenden Schlußfolgerung des Unterrichters, sondern auf einer Einräumung des Bekln. N. beruhen sollte, so kann dieser nicht der Sinn unterstellt werden, den die Kl. jetzt ihr geben, sondern im Zusammenhang mit dem übrigen Vorbringen des Bekl. nur der, daß eben diese Schafe des B. und W. auch auf die Weide des Bekln. dessen Schafknecht zur Hut, Pflege und Fütterung übergeben worden sind. Das aber macht den Bekln. noch nicht zum Halter dieser Tiere.

Da der § 833 BGB. die spezifischen tierischen Betriebsgefahren treffen will, so ist Tierhalter nur derjenige, der die zur Ausnützung erforderlichen Maßnahmen trifft. Das kann aber nur der mittelbare oder unmittelbare Besitzer des Tieres. Nun sind aber unter Zugrundelegung der eigenen Darstellung der Kläger in dieser Instanz die tatsächlichen Verhältnisse folgende: N. hat eine fern von seinem Wohnort gelegene Schafweide gepachtet und seinen Schafknecht K. mit seiner Herde dorthin geschickt. Er selbst ist nie auf die Weide gekommen, es ist aber zwischen ihm und B. und W. ausdrücklich vereinbart worden, daß K. auch diese Schafe übernehme und mit den Schafen des Bekln. (in unabgeteilter Herde) weide. Damit ist aber der Besitz dieser Schafe nicht auf den Bekln. übergegangen, sondern bei B. und W., welche in H. selbst wohnten, geblieben, denn diese allein hatten die tatsächliche Gewalt über die Schafe. Der Bekl. wollte gar keine Gewalt über sie ausüben, er ließ sie eben unter Aufsicht seines Schafknechts mit seiner Herde laufen. Daß sie etwa zeitweise in abgeschlossene, dem Bekln. gehörige Räume verbracht worden seien, ist von den Klägern selbst nicht behauptet. Ist hienach der Bekl. N. nicht Besitzer der Schafe des B. und W. geworden, so war er auch nicht Halter der

selben. Aber es fehlt noch ein weiteres Moment. Halter ist nur, wer in eigenem Interesse die Sorge für ein Tier übernommen hat. Dies trifft für den Bekln. bezüglich der Schafe des B. und W. nicht zu. Daß er nicht die Sorge für sie übernommen hat, ist schon oben ausgeführt. Er hatte aber auch keinerlei Interesse an diesen Tieren. Die Kläger legen darauf Wert, daß unbestritten die Auslagen für Weide, Schäfer und Futter nach der Kopfzahl der Schafe umgelegt worden sei, so daß der Bekl. ein Interesse daran gehabt habe, daß möglichst viele Schafe auf seiner Weide gehütet werden, weil der Aufwand für jedes Schaf um so kleiner wurde, je mehr es Schafe waren. Allein alles dies ist kein Interesse an dem Tier selbst, an dessen Ausnützung, das die Haftbarkeit aus § 833 begründen würde.

Urt. des II. CS. vom 9. Nov. 1905 i. S. Nägele g. Weidle.

8.

1. Besteht zwischen persönlichen und Geschäfts-Schulden eines Einzelkaufmanns ein rechtlicher Unterschied? 2. Zur Auslegung des § 344 Abs. 1 HGB.

Der Kaufmann Karl R. war unter der Firma G. S. u. Cie., Besitzer einer in F. betriebenen Lackfabrik und eines in St. befindlichen Geschäftes, welches zum Verkaufe der in der F.er Fabrik hergestellten Waren diente. Er verkaufte im Jahr 1900 das letztere Geschäft mit dem Rechte zur Führung der Firma G. S. u. Cie. an die Kaufleute M. und S., sodann wurde am 1. Juni 1902 das F.er Geschäft in eine offene Handelsgesellschaft zwischen dem R. und dem Kaufmann F. G. als Teilhabern umgewandelt. Im Oktober 1904 ist R. ausgetreten und F. G. der alleinige Inhaber der Firma G. S. u. Cie. in F. geblieben. Letztere Firma erhob gegen die Firma M. u. S. in S., welche zunächst von ihr den Bedarf an Lack bezogen, die Geschäftsverbindung aber im Jahr 1903 gelöst hatte, im September 1903 Klage und beantragte in der münd-

lichen Verhandlung der Sache Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 15 804,25 M. als Restkaufpreis aus den Warenlieferungen. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Sie bestritt die Klageforderung an sich nicht, machte aber Tilgung ihrer Schuld durch Zahlungen und Aufrechnung von Gegenforderungen mit zusammen 17 412,65 M. geltend. Unter der Behauptung, sie habe mit R. vereinbart, daß sie ihre Warenkaufpreisschuld an das F.er Geschäft um die Beträge der uneinbringlichen Ausstände des ihr verkauften S. Geschäftes kürzen dürfe, brachte sie insbesondere eine Gegenforderung in der Höhe der Ausstände von insgesamt 9412,65 M. zur Aufrechnung. Die Klage ist abgewiesen worden. Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Anlangend die Gegenforderung der Bekln. von 9412 M. 65 Pf., so ist erwiesen, daß die uneinbringlichen Ausstände sich auf diesen Betrag belaufen haben. Weiter steht fest, daß R. nach dem Verkauf seines St.er Geschäfts, aber vor der Umwandlung seines F.er Geschäfts in eine offene Handelsgesellschaft mit der Bekln. vereinbart hat, daß sie den Betrag der uneinbringlichen Ausstände des auf sie übergegangenen St.er Geschäfts an dem Betrag ihrer Warenschulden gegenüber dem F.er Geschäft des R. kürzen dürfe.

Diese letztere Vereinbarung ist jedoch ohne jede rechtliche Bedeutung. Zur Zeit des Abschlusses dieser Vereinbarung hat R. unbestritten das F.er Geschäft als Einzelkaufmann betrieben. Es ist nicht einzusehen, welchen Zweck eine Vereinbarung dahin, daß die Bekl. eine ihr gegen R. obliegende Warenschuld gegen die ihr gegen denselben R. zustehende Garantieforderung aufrechnen dürfe, haben sollte, solange R. sein Geschäft als Einzelkaufmann betrieb, da insolange alle Forderungen und Verbindlichkeiten lediglich in seiner Person entstanden, sich also bei den fraglichen Schuldverhältnissen von Anfang an dieselben Personen als Gläubiger und Schuldner gegenüberstanden und auch ohne eine Vereinbarung die Gleichartigkeit der beiderseitigen Leistungen gegeben war.

Wohl aber konnte vom Standpunkt der Parteien die Vereinbarung über die Aufrechnung dann Bedeutung haben, wenn sie für den Fall einer Veränderung in den Rechtsverhältnissen des R. getroffen war, nämlich für den Fall einer Veräußerung seines Geschäfts mit Aktiven und Passiven oder für den nachher auch in der Tat eingetretenen Fall einer Umwandlung seines Geschäfts in eine offene Handelsgesellschaft. Und dies will offenbar die Bekl. behaupten, wenn sie betont, daß die Vereinbarung schon vor dem 1. Juni 1902, dem Beginn der offenen Handelsgesellschaft, getroffen worden sei und daß die nachher am 22. Juli 1902 erfolgte schriftliche Niederlegung dieser Vereinbarung nur eine Bestätigung, nicht der Abschluß der Vereinbarung sei. Insbesondere aber behauptet die Bekl. nicht, daß schon zur Zeit des Wirksamwerdens der offenen Handelsgesellschaft die Aufrechnung bereits stattgefunden gehabt habe. Unter diesen Umständen kann die in der Urkunde vom 22. Juli 1902 enthaltene Vereinbarung nur dahin aufgefaßt werden, daß das vereinbarte Aufrechnungsrecht der Bekl. hauptsächlich für den Fall einer Veränderung in der Inhaberschaft des F.er Geschäfts, von dem die Bekl. ihre Waren bezog, festgesetzt sein sollte. Es fragt sich somit weiter, da nach dem Vorbringen der Bekl. die Vereinbarung über das Aufrechnungsrecht nur zwischen R. und der Bekl. abgeschlossen worden ist, ohne daß der spätere Gesellschafter des R. hiebei beteiligt gewesen wäre, ob bei der Umwandlung des F.er Geschäfts in eine offene Handelsgesellschaft die Garantieschuld mit dieser ihr angehängten Vereinbarung auf diese Gesellschaft übergegangen ist.

Diese Vereinbarung kann nun den Sinn haben, daß die Garantieschuld jetzt schon, mit dem Abschluß der Vereinbarung, als zum F.er Geschäft gehörig gelten solle, so daß bei einer Veränderung in der Inhaberschaft des Geschäfts sie mit den sonstigen Passiven ohne weiteres auf den neuen Inhaber überging. Oder kann der Sinn der sein, daß erst für den Fall einer solchen Veränderung eine solche Zugehörigkeit eintreten solle. Beide Fälle liegen rechtlich gleich, da in beiden

Fällen die Zugehörigkeit der Garantieschuld vor dem Wirksamwerden des neuen geschäftlichen Rechtsverhältnisses eintreten sollte. Der Kern der Frage ist also der, ob das Gesetz bei einem Einzelkaufmann eine rechtlich in Betracht kommende Trennung der auf sein Geschäft bezüglichen Aktiva und Passiva und seines persönlichen oder Privatvermögens zuläßt. Durch die Vereinbarung ist eine solche Trennung verabredet; ist die Vereinbarung wirksam, so ist die Garantieschuld als Schuld des Geschäfts erklärt und als solche nach HGB. § 28 Abs. 1 auf die am 1. Juni 1902 wirksam gewordene offene Handelsgesellschaft und dann auch auf die Klägerin übergegangen, so daß der von der Bekl. gewollten Aufrechnung kein Hindernis im Wege stünde. Allein die gedachte Vereinbarung hat eine solche Trennung nicht bewirkt.

Das HGB. kennt bei einem Einzelkaufmann eine Unterscheidung zwischen Geschäftsschulden und persönlichen Schulden ebensowenig wie eine rechtlich erhebliche Trennung der verschiedenen Betriebsvermögen, wenn ein Einzelkaufmann unter verschiedenen Bezeichnungen an verschiedenen oder an demselben Orte verschiedene Handelsgewerbe betreibt[1]. Vielmehr steht das Gesetz auf dem Standpunkt, daß das Vermögen des Einzelkaufmanns, mag er selbständige Handelsgewerbe betreiben so viele er will, nach der aktiven und passiven Seite ein einheitliches, nicht ein für den Rechtsverkehr in Geschäftsvermögen und sonstiges Vermögen geschiedenes sei. Es kann somit auch nicht im Wege der Vereinbarung eine solche für den Rechtsverkehr in Betracht kommende Trennung bewirkt werden. Nur wenn es bei dem einen oder anderen oder sämtlichen der mehreren Handelsgewerbe des Einzelkaufmanns zu einer Veräußerung mit Aktiven und Passiven oder zu einer Umwandlung in eine offene Handelsgesellschaft kommt, muß eine Trennung der bis dahin in der Person des Einzelkaufmanns vereinigten Aktiva und Passiva sowohl nach den einzelnen Geschäften in Aktiva und Passiva des betreffenden Geschäfts als auch in persönliche Aktiva und

[1]) So auch beiläufig ROHG. 24 S. 165.

Passiva eintreten, weil nach dem Sinne der §§ 25, 28 HGB. auf den neuen Erwerber, bezw. die Gesellschaft, nur die im Betrieb des betreffenden Geschäfts entstandenen Aktiva und Passiva übergehen sollen. Es bedarf daher allerdings eines Parteiaktes, wenn entgegen der gesetzlichen Vorschrift eine nicht zu dem veräußerten Geschäft gehörige Verbindlichkeit bei einem Inhaberwechsel auf den Erwerber übergehen soll. Aber dieser Akt hat nur dann rechtliche Wirksamkeit, wenn er zwischen dem Erwerber und dem Veräußerer, ev. unter Genehmigung des Gläubigers (BGB. § 415) vorgenommen wird, da nur eine Vereinbarung zwischen diesen die gesetzliche Folge der Dispositiven §§ 25, 28 BGB. ausschließen kann; es bewirkt also eine Vereinbarung, die nur zwischen Schuldner und Gläubiger getroffen ist, den Uebergang nicht.

Vorliegend behauptet nach dem Bemerkten die Bekl. lediglich eine vor dem Eintritt der offenen Handelsgesellschaft zwischen R. und ihr über die Zugehörigkeit der Garantieschuld zu dem F.er Geschäft getroffene Vereinbarung; es fehlt also die nach dem Ausgeführten erforderliche Behauptung, daß infolge Vereinbarung vor dem Eintritt der offenen Handelsgesellschaft zwischen der Bekln. einerseits und R. und seinem nachherigen Gesellschafter andererseits, oder daß infolge nachheriger Vereinbarung der Uebergang eingetreten sei. Es ist somit die fragliche Vereinbarung, wie sie die Bekl. behauptet, für die Frage des Uebergangs der Garantieschuld auf die offene Handelsgesellschaft ohne Bedeutung.

Es fragt sich nun aber noch, ob nicht ohne Vereinbarung, lediglich gemäß der Vorschrift des § 28 Abs. 1 Satz 1 HGB. der Uebergang der Garantieschuld auf die offene Handelsgesellschaft (und dann auf die Klin.) erfolgt ist. Nach dieser Bestimmung gehen kraft Gesetzes auf die Gesellschaft alle in dem bisherigen Geschäftsbetrieb des Einzelkaufmanns entstandenen Verbindlichkeiten über. Das Gesetz trennt also hier wie im Falle des § 25 HGB. die Geschäftsschulden von den Privatschulden, aber auch, wenn der

bisherige Einzelkaufmann oder der Veräußerer neben dem umgewandelten oder übergegangenen Geschäft noch ein zweites Handelsgewerbe betreibt, die im Betrieb des zurückbleibenden Geschäfts entstandenen Schulden von den Schulden des übergehenden Geschäfts und schließt die Privatschulden und die in dem zurückbleibenden Geschäft entstandenen Schulden von dem Uebergang aus. Die Garantieschuld des R. gegenüber der Bekln., vermöge deren er für die Einbringlichkeit der Ausstände des St.er Geschäfts zu haften hat, gehörte nun zusammen mit der Veräußerung dieses Geschäftes als Schlußakt der gewerblichen Tätigkeit des R. im St.er Geschäft zu diesem letzteren [1]). Die Garantieschuld ist also im Betriebe des St.er Geschäfts entstanden.

Nun stellt aber § 344 Abs. 1 HGB. die Vermutung auf, daß die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehören. Unzweifelhaft war R. zur Zeit der Garantieübernahme Kaufmann, sofern er damals das F.er Handelsgewerbe betrieben hat. Ging er während des Betriebs dieses Geschäfts irgend eine Bürgschaft ein, welcher nicht offensichtlich jede Beziehung zu seinem Handelsgewerbe fehlte [2]), so ging diese Schuld bei einer Veräußerung des F.er Geschäfts auf den Erwerber über, da nach der Vermutung des § 344 Abs. 1 sie in diesem Handelsgewerbe entstanden war.

Vorliegend läßt sich nun nicht sagen, daß der Garantieschuld offensichtlich jede Beziehung zu dem F.er Geschäft fehlte. Zwar ist sie entstanden im Betriebe des St.er Geschäfts. Dieser Umstand schließt aber, auch in Verbindung mit der durch die Veräußerung nach HGB. § 25 eingetretenen Trennung der in diesem Geschäft entstandenen Verbindlichkeiten von den übrigen Verbindlichkeiten des R., die Möglichkeit einer Beziehung der Garantieschuld zu dem F.er Geschäft und damit die Anwendung des § 344 Abs. 1 nicht

---

[1]) Vgl. auch Behrend, Handelsrecht I § 28 S. 135; Staub, HGB. zu § 343 Anm. 26; JW. v. 1903 S. 63 Nr. 3.

[2]) Vgl. JW. v. 1902 S. 188 Nr. 24; Staub zu § 344 Anm. 3.

aus. Wenn schon der Erwerb eines Handelsgewerbes durch jemand, der bisher nicht Kaufmann war, als das erste Handelsgeschäft des nunmehrigen Kaufmanns und deshalb nach HGB. § 343 Abs. 1 als zu dem Betrieb des erworbenen Handelsgewerbes gehörig erscheint[1]), so muß noch viel mehr die Veräußerung eines Handelsgewerbes nebst der in Bezug auf diese Veräußerung übernommenen Garantie durch jemand, der wegen des Fortbetriebs eines zweiten Handelsgewerbes Kaufmann bleibt, als ein Rechtsgeschäft angesehen werden, das im Zweifel auch zum Betrieb des beibehaltenen Handelsgewerbes gehört. Und was die nach HGB. §§ 25, 28 eintretende Trennung anlangt, so hat diese nur Bedeutung für die im Betrieb des übergehenden Handelsgewerbes entstandenen Schulden, nicht aber auch für die bei dem Veräußerer zurückbleibenden, und zu diesen letzteren gehört die streitige Garantieschuld. Vorliegend ist aber noch weiter zu gehen. Unbestritten war das F.er Geschäft, das Fabrikgeschäft und das St.er Geschäft, das Absatzgeschäft; es stand also das St.er Geschäft wirtschaftlich in Abhängigkeit von dem F.er Geschäft in der Weise, daß das F.er Geschäft das Hauptgeschäft und das St.er Geschäft ein in dieses Hauptgeschäft einbegriffenes, wenn auch äußerlich selbständiges Nebengeschäft war. Eine Veräußerung des St.er Geschäfts als eines wirtschaftlichen Nebengeschäfts des F.er Hauptgeschäfts war also immer auch ein zu dem Betrieb des Fer. Hauptgeschäfts gehöriges Handelsgeschäft im Sinne des § 343 Abs. 1 HGB. und es ist daher die bei dieser Veräußerung begründete Garantieschuld, welche zwar im engeren Sinn zu dem veräußerten St.er Geschäft, aber im weiteren Sinn wie das ganze Veräußerungsgeschäft zu dem Betrieb des F.er Geschäfts gehört, auch als eine im Betrieb des F.er Geschäfts entstandene Schuld anzusehen.

Hienach ist die Garantieschuld, weil zu dem F.er Geschäft gehörig, kraft Gesetzes mit der Umwandlung dieses Geschäfts in eine offene Handelsgesellschaft nach HGB. § 28

[1]) Vgl. Staub zu § 343 Anm. 16.

Abs. 1 Satz 1 auf die offene Handelsgesellschaft und dann später auf die Klin. übergegangen. Es steht also der Bekl. die Forderung aus der von R. übernommenen Garantie gegen die Klin. zu und sie kann mit ihrer Warenschuld gegen dieselbe aufrechnen. Es hat somit das Gericht I. Instanz die geltend gemachte Aufrechnungseinrede mit Recht für begründet erklärt.

Urt. des III. CS. vom 21. Nov. 1905 in S. Spieß u. Co. g. Meißner u. Schäfer.

Die Revision der Klin. gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

9.

Zu § 1 des Wettbewerbgesetzes („öffentliche Bekanntmachungen oder Mitteilungen, welche für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind").

Kl. hatte seine Klage auf Schadensersatz wegen unlauteren Wettbewerbs u. a. darauf gestützt, daß Bekl. angeblich mehreren Kunden des Klrs. gegenüber das Geschäft des Bekl. (fälschlich) als „Fabrik" bezeichnet habe. Hierüber sagen die

Gründe

des Berufungsurteils:

Auf die angeblichen mündlichen Aeußerungen des Bekl. gegenüber den einzelnen Kunden kann die angeführte Gesetzesbestimmung überhaupt keine Anwendung finden. In ihnen lag, wie keine öffentliche Bekanntmachung, so auch keine Mitteilung, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt gewesen wäre: sie richtete sich jeweils nur an den einzelnen Kunden und war nicht bestimmt, auch andern Personen gegenüber wirksam zu werden. Der Umstand, daß Bekl. die gleiche Vorspiegelung in gleicher Weise einer größeren Anzahl von Kunden gegenüber wiederholt hätte, würde sie noch nicht zu einer für einen größeren Kreis von Personen bestimmten Mitteilung machen. Denn diese Mitteilung wäre nicht geeignet und nicht bestimmt gewesen, einer unbestimmt großen Anzahl von Personen zugänglich zu

werden, wie dies bei schriftlichen Mitteilungen möglich ist.
Urt. des III CS. vom 23. Januar 1906 i. S. Grose g. Rosenfeld.

10.

Zu § 8 UWG. (Benützung einer Firma).

Der Teilhaber der bekl. Firma Th. E. H., Th. H., hat sich bei seinem Austritt aus der Firma der Klin.: „Vereinigte Uhrenfabriken von Gebr. J. u. Th. H." verpflichtet, eine neue Uhrenfabrik unter der Firma „Th., H." nicht zu errichten. Er gründete mit seinem Sohn Th. E. H. eine Uhrenfabrik unter der Firma „Th. E. H." und diese Firma ließ das Wort „Haller" (Geschlechtsname der Firmeninhaber) als Warenzeichen in die Zeichenrolle eintragen und benützte fortan dieses Zeichen im geschäftlichen Verkehr. Die Klin., die „Vereinigten Uhrenfabriken" erhob Klage mit dem Antrag: zu erkennen:

1) Die Beklagte dürfe den Namen Haller im geschäftlichen Verkehr nur mit einem Zusatz gebrauchen, der jede Mißdeutung oder Verwechslung der Fabrikate des Beklagten mit denen der Klägerin auszuschließen geeignet sei.

2) Der Beklagten werde insbesondere untersagt, auf ihren Fabrikaten oder deren Verpackung oder Umhüllung oder auf Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefen, Empfehlungen, Rechnungen, Plakaten, Schildern und dergl. den Namen Haller schlechtweg ohne weiteren Zusatz anzubringen oder so bezeichnete Gegenstände in Verkehr zu bringen oder durch ihre Leute bringen zu lassen.

3) Das der Beklagten unter Nr. 73414 geschützte Warenzeichen Haller sei zu löschen.

Bekl. hat Klagabweisung und widerklagend beantragt, der Klin. zu untersagen, ihre Waren oder deren Verpackung und Umhüllung mit dem Warenzeichen „Haller" zu versehen, die so bezeichneten Waren in Verkehr zu bringen, sowie auf den Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefen, Empfeh-

lungen, Rechnungen oder dergl. das Zeichen anzubringen.

Es wurde unter Abweisung der Widerklage nach dem Klagantrag erkannt aus folgenden

Gründen:

I. Der Klaganspruch der Vorklage ist gemäß § 8 Unl. WG. begründet. Zwar mag dahingestellt bleiben, ob darin ein Gebrauch einer Firma zu finden ist, wenn jemand eine Firma als Warenzeichen eintragen läßt und seine Waren mit der betreffenden Firma bezeichnet[1]). Aber der § 8 UWG. erfordert nur, daß eine Firma in einer Weise benützt wird, welche darauf berechnet und geeignet ist, Verwechselungen mit der Firma eines anderen hervorzurufen. Damit ist einerseits gesagt, daß nicht etwa der genaue oder auch nur der gesamte erhebliche Wortlaut der Firma eines andern wiedergegeben sein muß, daß vielmehr auch eine mißbräuchliche Verwendung einzelner Teile einer Firma, die Ausnützung einer Aehnlichkeit u. s. w. genügt, falls die übrigen Voraussetzungen des § 8 gegeben sind[2]).

Sodann ist damit zum Ausdruck gebracht, daß ein „Gebrauch" der Firma im engeren Sinne des § 37 HGB. nicht erforderlich ist, vielmehr jede Art der Benützung im geschäftlichen Verkehr genügt[3]). Eine Benützung i. S. des § 8 UWG. kann insbesondere auch darin bestehen, daß jemand sich ein Wort als Warenzeichen eintragen läßt, und daß er ein Wort als Warenzeichen benützt, welches geeignet ist, Verwechselungen mit der Firma eines Andern hervorzurufen. Denn der § 8 des UWG. spricht ganz allgemein von der Benützung einer Firma. Es ist daher nicht abzusehen, weshalb eine in dem Gebrauch eines Warenzeichens liegende Benützung einer Firma nicht von § 8 UWG. mitumfaßt

[1]) Vgl. RG. Band 55 S. 242 unten, andererseits Staub HGB. § 37 Anm. 20 S. 182 oben.

[2]) Vgl. RG. Bd. 48 S. 223, in welchem Falle sich eine Firma „J. A. H. . . ." gegen die Benützung der Bezeichnung „P. A. H. . . ." verwahrt, ferner in JW. 1899 S. 311 Nr. 27.

[3]) Vgl. RG. Band 56 S. 417 ff.

sein sollte. Auch die Entstehungsgeschichte des § 8 des UWG. spricht nicht für eine solche Einschränkung. Die Ausführungen des Berichtes der Reichstagskommission [1]) auf S. 1205 ff. wollen nur besagen, daß neben dem Namen, der Firma oder der besonderen Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts, eines gewerblichen Unternehmens oder einer Druckschrift nicht auch noch Warenzeichen Gegenstand einer Verletzung i. S. des § 8 UWG. sein sollen, daß es vielmehr bezüglich des Schutzes, welchen die Warenzeichen genießen, bei den Bestimmungen der Waren-ZG. sein Bewenden habe. Dagegen wollen diese Ausführungen nicht besagen, daß nicht der Gebrauch eines Warenzeichens Mittel der Verletzung fremden Firmenrechts i. S. des § 8 UWG. sein könne [2]).

Die Bekl. benützt nun, indem sie das Wort „Haller" als Warenzeichen verwendet, eine Firma im geschäftlichen Verkehr. Das Wort „Haller" als Bezeichnung einer Ware gebraucht, soll nichts anderes bedeuten und wird nicht anders im Verkehr aufgefaßt, denn als Abkürzung einer Firma.

Die Bekl. benützt weiterhin diese Firma in einer Weise, welche geeignet ist, Verwechselungen mit der Firma hervorzurufen, deren sich die Klägerin befugterweise bedient.

In dem Wortlaut der Firma der Klin. „Vereinigte Uhrenfabriken der Gebr. J. und Th. H., Aktiengesellschaft" kommt zum Ausdruck, daß die klägerische Firma durch Verbindung zweier ursprünglich selbständiger Geschäfte „Gebr. J." einerseits und „Th. H." andererseits zu stande gekommen ist. Es läßt ferner der Wortlaut der Firma der Klin. die Fortdauer einer gewissen Selbständigkeit der beiden unter einer Firma vereinigten Fabrikationsbetriebe vermuten. Das Wort

---

[1]) Vgl. Stenogr. Berichte über die Verhandlungen des Reichstags 9. Legislaturperiode IV. Session 1895—1897 2. Anlageband S. 1204 ff.

[2]) Vgl. Bericht der Reichstagskommission auf S. 1204 rechts zu § 8 Waren-ZG., ferner RG. Band 48 S. 238 u. 239; Seligsohn, Waren-ZG. 2. Aufl. zu § 14 Anm. 20; Staub, HGB. § 37 Anm. 25 unter Z. 2 am Ende.

„Haller" hat daher in der Firma der Klin. eine verhältnismäßig selbständigere und daher auch größere Bedeutung, als wenn es sich um ein von vornherein einheitliches Geschäft etwa mit der Gesellschaftsfirma „J. und H." handeln würde. Die Kunden der früheren Firma „Th. H." werden bei der Bezeichnung Haller geneigt sein, zunächst an das schon seit Jahren bestehende Geschäft „Th. H." zu denken, welches nunmehr mit dem Geschäft „Gebr. J." vereinigt ist.

Die durch den Gebrauch des Worts Haller gegebene Möglichkeit von Verwechselungen wird aber dadurch wesentlich erhöht, daß in den Geschäften beider Parteien Waren gleicher Art (Uhren) erzeugt werden, sowie daß beide Firmen eine Niederlassung (die Klin. allerdings nur eine Zweigniederlassung) in S. haben.

Hiezu kommt endlich die von der Bekl. schließlich zugestandene Tatsache, daß das Publikum den Namen „Haller" zur Bezeichnung der von der Klin. in S. angefertigten Uhren gebraucht („Haller Uhren; Haller Baby" u. s. w.). Ob diese im Publikum tatsächlich einmal übliche Bezeichnung zutreffend und gerechtfertigt ist, ist hieher ohne Belang. Jedenfalls trägt diese Uebung wesentlich dazu bei, daß es zu Verwechselungen führen kann und höchst wahrscheinlich zu solchen führt, wenn Bekl. ihre Fabrikate kurzweg mit dem Worte „Haller" bezeichnet. In dem Worte „Haller" eine Abkürzung der Firma der Klin. zu vermuten, liegt um so näher, als es im Geschäftsverkehr durchaus üblich ist, daß eine Aktiengesellschaft zur Bezeichnung ihrer Waren sich eines aus ihrer Firma entnommenen kurzen schlagenden Ausdrucks bedient. Eine derartig weitgehende Abkürzung der Firma, wie sie für den rechtsgeschäftlichen Verkehr unzulässig wäre, ist für die Zwecke der Warenbezeichnung besonders beliebt und rechtlich nicht zu beanstanden (vgl. Waren-ZG. § 13 [1])). Wenn nun der Kundenkreis, welcher die S.er Fabrikate der

[1]) RG. Band 56 S. 417 ff. insbes. S. 419, z. B. die Firma „Aktienbrauerei-Gesellschaft Friedrichshöhe vormals Patzenhofer" mag ihr Bier kurzweg mit dem Worte „Patzenhofer" bezeichnen.

Klin. mit den Worten „Haller Uhren" u. s. w. zu bezeichnen gewohnt war, Schwarzwälder Uhren mit der Bezeichnung „Haller" im Verkehr auftauchen sieht, so wird mindestens ein Teil dieses Kundenkreises (bezw. des Publikums überhaupt) wahrscheinlich zu der Vermutung gelangen, diese Uhren seien Fabrikate der Klin. und es sei *die Klin.*, welche das Wort Haller als durchaus geschäftsübliche und zulässige Abkürzung ihrer Firma zum Behuf der Bezeichnung ihrer S.er Fabrikate gewählt habe. Ein anderer Teil des Publikums wird mindestens im Zweifel darüber sein, ob das Wort „Haller" eine Abkürzung der Firma der Klin. oder derjenigen der Bekln. bedeuten solle.

Indem die Beklagte ihre Ware mit dem Wort „Haller" bezeichnet, benützt sie also eine Firma in einer Weise, die *geeignet* ist, Verwechslungen mit der Firma der Klin. hervorzurufen.

Daß nun diese Benützung auch auf Herbeiführung von Verwechslungen *berechnet* ist, ergibt sich aus Folgendem. Der Bekln. waren die obengenannten Umstände, welche (objektiv) zur Herbeiführung von Verwechslungen geeignet sind, wohl bewußt. Dies ist bezüglich der teilweisen Aehnlichkeit der beiderseitigen Firmen und der Uebereinstimmung des Geschäftszweigs und des Fabrikationsorts selbstverständlich. Die Bekl. hat aber auch — und zwar, worauf mit dem Unterrichter einiges Gewicht zu legen ist, erst nach anfänglichem Leugnen — eingeräumt, daß sie zur Zeit der Anmeldung des Warenzeichens gewußt habe, daß das Publikum den Namen Haller zur Bezeichnung der von der Klin. in S. angefertigten Uhren gebrauche. Hat aber Bekl. dies gewußt, so mußte sie sich auch sagen, daß es zu Verwechselungen führen könne, wenn sie ihre eigenen Waren schlechthin mit dem Wort „Haller" bezeichne. Bekl. hätte nun leicht diesen Verwechselungen vorbeugen können, indem sie dem Wort Haller die Vornamen Thomas *Ernst* oder Th. *Ernst* beigefügt oder überhaupt ein anderes Warenzeichen gewählt hätte. Wenn Bekl. trotzdem das Warenzeichen „Haller" gewählt hat, so hat sie dies

offenbar getan, weil ihr die Möglichkeit der Verwechselung mit den Waren der Klin. erwünscht war. Bezeichnend ist in dieser Beziehung, daß der Teilhaber der bekl. Firma Th. H. im Jahre 1903 bei seinem Austritt aus dem Vorstand der klägerischen Aktiengesellschaft die Verpflichtung übernommen hatte, eine neue Uhrenfabrik unter der Firma „Th. H." nicht zu errichten. Th. H. mußte sich also darüber klar sein, wie es der Klin. daran gelegen war, jede Verwechselung zwischen den beiden Firmen zu vermeiden. Um so weniger ist ihm zu glauben, daß er von keiner Nebenabsicht geleitet gewesen sei, wenn er gemeinschaftlich mit seinem Teilhaber das Wort „Haller" ohne jeden unterscheidenden Beisatz zur Bezeichnung der Waren gewählt hat.

Wenn Bekl. ursprünglich beabsichtigt haben sollte, sich als Warenzeichen das Wort „Haller" mit einem dieses Wort umrahmenden Sonnenbild schützen zu lassen, so ist nicht abzusehen, wieso Bekl. hätte annehmen können, daß durch die Beifügung des Sonnenbilds die Verwechselungsgefahr ausgeschlossen sei. Diese Behauptung würde also, wenn erwiesen, den obigen Feststellungen keinerlei Eintrag tun.

Wenn Bekl. unter Berufung auf § 12 BGB. und § 13 Waren-ZG. geltend macht, daß ja das Wort „Haller" der Name ihrer Teilhaber und der wesentliche Bestandteil ihrer Firma sei, und daß niemand an der Führung seines Namens und seiner Firma gehindert werden könne, so ist dem entgegenzuhalten, daß auch eine Handlung, welche an sich nicht unberechtigt ist oder welche sogar die Ausübung eines dem Handelnden zustehenden Rechts (auf Namen, Firma u. s. w.) enthält, sich als Verletzung des § 8 UWG. darstellen kann. Der § 8 ist anwendbar, selbst wenn der Name oder die Firma dem Verletzer rechtlich zusteht [1]).

Auch darauf kann sich die Bekl. nicht berufen, daß das Wort „Haller" gemäß § 5 Waren-ZG. für sie als Waren-

[1]) Seligsohn, Waren-ZG. 2. Aufl. § 14 Bem. 20 Abs. 2; RG. in JW. 1898 S. 82 u. 83 und in JW. 1899 S. 311, RG. 44 Nr. 26 a. E.

zeichen eingetragen sei und daß einer der Löschungsgründe im Sinne der §§ 8 und 9 des Waren-ZG. nicht vorliege. Denn nach dem oben Ausgeführten verstößt das Zeichen eben gegen § 8 UWG. und ist daher als rechtswidrig zu behandeln[1]). Vielmehr kann die Klin. ihrerseits, da die Führung des Warenzeichens gegen § 8 UWG. verstößt, also rechtswidrig ist, die Löschung des Warenzeichens beantragen. Das Waren-ZG. sieht in seinen §§ 8 und 9 nur die zeichenrechtlichen Löschungsgründe vor und schließt als Spezialgesetz für das Zeichenrecht nicht aus, daß auch aus sonstigen privatrechtlichen Gründen gegenüber dem eingetragenen Zeicheninhaber die Löschung des Zeichens verlangt werden kann[2]).

Der Klagantrag ist daher gemäß § 8 Satz 1 und 2 des Unl.-WG. in vollem Umfang gerechtfertigt.

II. Aus dem Gesagten ergibt sich ohne weiteres die Abweisung der Widerklage, denn diese stützt sich ausschließlich auf den Klaggrund, daß für die Bekl. das Wort „Haller" zeichenrechtlich geschützt sei. Da nun aber dieser Zeichenschutz nach dem oben Ausgeführten ein rechtswidriger und zu löschender ist, kann auf denselben ein Klaganspruch, jedenfalls gegen denjenigen, welcher die Löschung zu verlangen befugt ist, nicht gestützt werden.

Urt. des III. CS. vom 12. Dez. 1905 i. S. Th. E. Haller gegen Vereinigte Uhrenfabriken.

11.

1. Auslegung des § 146 Abs. 4 LwUVG.
2. Begriff des „Arbeiters" i. S. des § 1 LwUVG.

Der Ehemann der Klin. wurde am 5. August 1905 vom Bekl., seinem Schwager, bei der Ernte, als ein Gewitter aufstieg, aufgefordert, ein zum Einbringen des Getreides er-

[1]) RG. Band 48 S. 329, Seligsohn, Waren-ZG. § 14 Bem. 20 Abs. 1.

[2]) So RG. Band 54 S. 42, S. 44 Band 48 S. 235, Seligsohn, Waren-ZG. 2. Aufl. Bem. 1 zu § 9 S. 128.

forderliches Pferd aufs Feld zu reiten. Als der Ehemann der Klin. das Pferd bestieg, scheute es, er stürzte herab und starb infolge des Unfalls. Der Bekl. meldete den Unfall als einen in seinem landwirtschaftlichen Betrieb vorgekommenen bei der Landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft an, die sodann durch rechtskräftigen Bescheid für die Klin. und deren Kinder eine Rente festsetzte. Mit der Klage verlangt Klin. auf Grund des § 833 BGB. vom Bekl. Ersatz des Schadens, den sie zufolge des Tods ihres Mannes erlitten, soweit er nicht durch die Rente vergütet wird; Bekl. hat u. a. eingewendet, der Klaganspruch sei durch § 146 Abs. 4 LwUVersG. ausgeschlossen.

Die Klage ist im Berufungsverfahren abgewiesen worden.

Gründe:

Der § 146 bestimmt in Abs. 1: „Die nach Maßgabe dieses Gesetzes versicherten Personen und die in §§ 17 bis 20 bezeichneten Hinterbliebenen können ... einen Anspruch auf Ersatz des infolge eines Unfalls erlittenen Schadens gegen den Betriebsunternehmer ... nur dann geltend machen, wenn durch strafgerichtliches Urteil festgestellt worden ist, daß der in Anspruch Genommene den Unfall vorsätzlich herbeigeführt hat."

In Abs. 2 ist angefügt, daß sich in diesem Fall (also im Fall der strafgerichtlich festgestellten vorsätzlichen Herbeiführung des Unfalls durch den Betriebsunternehmer) der Anspruch auf die Differenz zwischen der den Berechtigten nach dem Unfallversicherungsgesetz und der ihnen nach andern gesetzlichen Vorschriften gebührenden Entschädigung beschränke. In Abs. 3 sind — mit Rücksicht darauf, daß der § 8 des Gesetzes im Fall der bloßen Körperverletzung (im Gegensatz zum Fall der Tötung) Entschädigungsansprüche nur vom Beginn der 14. Woche an gewährt — die auf gesetzlichen Bestimmungen beruhenden Ansprüche für die ersten 13 Wochen nach dem Unfall unter näher bezeichneten Voraussetzungen vorbehalten.

Sodann ist in Abs. 4 gesagt: „Für das über einen

solchen Anspruch erkennende ordentliche Gericht ist die Entscheidung bindend, welche in dem durch dieses Gesetz geordneten Verfahren über die Frage ergeht, ob ein Unfall vorliegt, für welchen aus der Unfallversicherung Entschädigung zu leisten ist . . ."

Es fragt sich nun, welche Bedeutung dieser Bestimmung, die der Bekl. in vorliegendem Fall in erster Linie zu seinen Gunsten in Anspruch nimmt, beizumessen ist, was insbesondere das Gesetz unter einem „solchen Anspruch" versteht.

Gelegentlich der Anwendung des dem § 146 LwUVG. entsprechenden § 135 GewUVG. (in welchem die Bestimmung über die für die Gerichte verbindliche Bedeutung der Entscheidung der Versicherungsbehörden sich unmittelbar an die Absätze 1 und 2 anschließt, wo also der im § 146 LwUVG. enthaltene Absatz 3 fehlt), ist schon die Frage erörtert worden, ob unter einem „solchen Anspruch" nicht lediglich der in Abs. 1 u. 2 näher behandelte, gegen den Betriebsunternehmer wegen vorsätzlicher Herbeiführung eines Unfalls erhobene Anspruch zu verstehen sei. Das Reichsgericht hat jedoch[1]) unter näherer, hauptsächlich auf die Gesetzesmotive gestützter Begründung, auf welche verwiesen wird, dargelegt: der Vorschrift des § 135 Abs. 3 GewUVG. sei eine weitergehende (nicht lediglich auf die Fälle der Inanspruchnahme des Betriebsunternehmers wegen vorsätzlicher Herbeiführung eines Unfalls beschränkte) Bedeutung beizumessen. ... Die Entscheidung der Unfallversicherungsinstanzen bezüglich der Frage, ob ein nach den Unfallversicherungsgesetzen zu entschädigender Unfall vorliege, sei im Verhältnis zwischen dem gegen Unfall versicherten Verletzten (und dessen Hinterbliebenen) zu dem Betriebsunternehmer (und dessen Angestellten) für das über Ersatzansprüche der ersteren erkennende Gericht schlechthin bindend.

Diese Ausführungen des Reichsgerichts, welchen entgegenzutreten kein Anlaß vorlag, treffen nun natürlich auch

[1]) In der in Bd. 60 seiner Entscheidungen auf S. 36 ff. mitgeteilten Entscheidung.

für den hier zur Anwendung zu bringenden §146 LwUVG. vollständig zu. (Bei diesem § hätte durch den unmittelbaren Anschluß des Abs. 4 an den Abs. 3 auch noch die Meinung erweckt werden können, als bezöge sich der Abs. 4 nur auf die in Abs. 3 behandelten Ansprüche für die ersten 13 Wochen nach dem Unfall. Daß eine so einschränkende Auslegung aber keinesfalls in Frage kommen kann, kann nach den — sogar eine weitergehende Einschränkung verwerfenden — Ausführungen des Reichsgerichts nicht zweifelhaft sein.)

Dagegen hat der jetzt erkennende Senat erwogen, ob die Fassung des Gesetzes und die soeben angeführte reichsgerichtliche Entscheidung nicht noch einen weiteren Zweifel bestehen lasse, nämlich den: ob unter einem „solchen Anspruch" in § 146 Abs. 4 LwUVG. unter Berücksichtigung der zwischen dem Abs. 4 und dem Abs. 1 bestehenden Beziehung vielleicht bloß derjenige Anspruch zu verstehen sei, der gegen eine Person erhoben wird, die nach dem eigenen tatsächlichen Vorbringen des Klrs. oder den Feststellungen des Gerichts dem Klr. zur Zeit des Unfalls als Betriebsunternehmer gegenüberstand, so daß also, wenn hierüber Streit oder Zweifel besteht, zunächst die Frage zu entscheiden wäre, ob ein Anspruch „gegen den Betriebsunternehmer" erhoben ist, ehe die Anwendung des Abs. 4 des § 146 in Frage kommen kann.

In dieser Beziehung ist jedoch der Zweck zu berücksichtigen, welchen die durch die Novelle von 1900 dem § 146 des LwUVRG. — und ebenso dem § 135 des GewUVG. — angefügte Vorschrift über die Verbindlichkeit der versicherungsbehördlichen Entscheidung nach Inhalt der Motive zum jetzigen § 135 des GewUVG. (dem § 95 des Entwurfs) verfolgte. Hier ist nämlich hervorgehoben: es solle durch die Vorschrift verhütet werden, daß Verletzte bei verschiedener Beurteilung der Gerichte einerseits und der Organe der Unfallversicherung andererseits ungerechtfertigterweise entweder

keine oder eine doppelte Entschädigung erstreiten [1]).

Daraus darf gefolgert werden, daß der Gesetzgeber im öffentlichen Interesse, wie es der Unfallversicherungsgesetzgebung überhaupt zu Grunde lag, Wert darauf gelegt hat, es sollen im Fall eines gewerblichen bezw. landwirtschaftlichen Betriebsunfalls der verletzte Arbeiter bezw. seine Hinterbliebenen zwar (ohne Rücksicht auf eigenes bei dem Unfall mitwirkendes Verschulden — soweit es sich nicht um Vorsatz handelt, — vgl. § 7 Abs. 2 LwUVG.) eine sichere Versorgung aus der Unfallversicherung erhalten, es solle aber nach Bewilligung dieser Versorgung der Betriebsunternehmer, der vermöge des gesetzlich geordneten Umlageverfahrens an allen, im Bezirk seiner Berufsgenossenschaft zu gewährenden derartigen Versorgungen mitzutragen hat, unter allen Umständen, soweit ihm nicht die vorsätzliche Herbeiführung des Unfalls zur Last fällt, (ebenso, wie seine Angestellten) gegen eine weitere Inanspruchnahme seitens des Verletzten und seiner Angehörigen gesichert sein, es sollen dagegen auf der andern Seite im Fall der Nichtgewährung einer Unfallrente die Gerichte nicht berechtigt sein, den Verletzten und seine Angehörigen, die nunmehr auf Grund der allgemeinen gesetzlichen Vorschriften Schadensersatzansprüche gegen den Betriebsunternehmer (oder dessen Angestellte) geltend machen wollen, unter der Begründung, daß sie die Entscheidung der Versicherungsorgane für unrichtig halten, auf den durch eben diese Entscheidung verschlossenen Weg der Inanspruchnahme der Unfallversicherung zu verweisen.

Würde nun aber den Gerichten überlassen, ihre Stellungnahme zu der Frage, ob der Abs. 4 des § 146 Platz greife, von der vorgängigen Beantwortung der Frage abhängig zu machen, ob der Anspruch als „gegen den Betriebsunternehmer" erhoben anzusehen sei, so würde der vom Ge-

[1]) Vgl. Anlageband IV zu den stenogr. Reichstagsberichten der 1. Session der 10. Legislaturperiode (1898/1900) S. 3106 (Aktenstück Nr. 523).

setz im öffentlichen Interesse verfolgte Zweck nicht unter allen Umständen erreicht, sofern die Entscheidung des Gerichts mit der von der Berufsgenossenschaft u. s. w. getroffenen Entscheidung darüber, ob ein Unfall vorliegt, für welchen aus der Unfallversicherung Entschädigung zu leisten ist, in Widerspruch treten könnte.

Hienach ergibt sich als — hieher erheblicher — Inhalt des § 146 LwUVG. folgendes: der § befaßt sich allgemein mit dem auf einen Unfall gestützten Schadensersatzanspruch. Wird „ein solcher Anspruch" erhoben, so soll der Richter sein erstes Augenmerk darauf richten, ob der durch den Unfall Verletzte als gegen die Folgen des Unfalls nach Maßgabe des Unfallversicherungsgesetzes „versichert" anzusehen, d. h. — wie sich aus dem § 1 des LwUVG. ergibt — ob der Verletzte zurzeit des Unfalls in einem landwirtschaftlichen Betrieb als Arbeiter beschäftigt gewesen und ob ihm der Unfall „bei dem Betrieb" zugestoßen ist. In der Mehrzahl der Fälle von Schadensersatzklagen wird die Verneinung dieser Vorfrage ganz selbstverständlich und es wird damit, daß der Unfall als landwirtschaftlicher Betriebsunfall angemeldet worden und daß eine Entscheidung der Unfallversicherungsorgane erfolgt sei, gar nicht zu rechnen sein. Hier kommen die Bestimmungen des § 146 LwUVG. dann überhaupt nicht weiter in Betracht, der Richter hat seine Entscheidung lediglich auf Grund der allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen zu treffen. Ist dagegen die Frage, ob es sich um einen landwirtschaftlichen Betriebsunfall handle, nicht ganz unzweifelhaft und kommt der im Prozeß Beklagte als Unternehmer des Betriebs in Betracht, in welchem sich der Unfall ereignet hat, bezw. als Angestellter dieses Unternehmers, dann hat der Richter sein zweites Augenmerk — und zwar von Amtswegen — darauf zu richten, ob über die Anerkennung des Unfalls als landwirtschaftlichen Betriebsunfalls bereits eine Entscheidung der Versicherungsorgane ergangen ist. Ist eine Entscheidung noch nicht ergangen, so ist zwar das Gericht nicht gehindert, die Frage,

ob ein Unfall vorliegt, für welchen aus der Unfallversicherung Entschädigung zu leisten ist, selbständig zu prüfen und zu entscheiden. Ist aber ein Unfallversicherungsverfahren bereits eingeleitet oder soll ein solches alsbald eingeleitet werden, so wird das Gericht mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 146 Abs. 4 LwUVG. von seiner Befugnis, jene Frage selbständig zu entscheiden, nur dann Gebrauch machen, wenn es seinerseits die Entscheidung der Frage für vollständig zweifellos hält; andernfalls wird es — worauf auch die Gesetzesmotive an der oben angeführten Stelle hinweisen — seine Verhandlung zweckmäßigerweise nach § 148 d. CPO. aussetzen[1]). — Liegt dagegen eine rechtskräftige Entscheidung der Versicherungsorgane bereits vor, so ist das Gericht an dieselbe — mag sie bejahend oder verneinend lauten — schlechthin gebunden. Ist seitens der Versicherungsbehörden bejaht, daß für den Unfall aus der Versicherung Entschädigung zu leisten sei, so kann eine Verurteilung des Unternehmers, in dessen Betrieb sich der Unfall zugetragen hat, sowie eine Verurteilung seiner Bevollmächtigten, Repräsentanten und Aufseher zur Leistung von Schadensersatz nur dann erfolgen, wenn durch strafgerichtliches Urteil festgestellt ist, daß sie den Unfall vorsätzlich herbeigeführt haben; der Schadensersatzanspruch bleibt dann auf die in Abs. 2 und 3 des § 146 bezeichneten Beträge beschränkt, wobei für das Gericht wiederum die Entscheidung der Versicherungsbehörden darüber maßgebend ist, in welchem Umfang aus der Unfallversicherung Entschädigung zu leisten sei. Ist andererseits von der Versicherungsbehörde verneint, daß es sich um einen aus der Unfallversicherung zu entschädigenden Unfall handle, so ist zu unterscheiden, ob die Verneinung auf der Erwägung beruht, daß ein Betriebsunfall, d. h. ein Unfall, der einem in einem landwirtschaftlichen Betrieb beschäftigten Arbeiter beim Betrieb zugestoßen sei, überhaupt nicht vorliege, oder auf der Erwägung, daß es sich zwar um einen

[1]) Vgl. RG. Bd. 54 S. 34 ff.

Betriebsunfall handle, daß aber wegen desselben nach § 7 Abs. 2 des Gesetzes ein Entschädigungsanspruch nicht begründet sei. Im ersteren Fall hat der Richter als rechtskräftig festgestellt anzunehmen, daß der Verletzte und seine Hinterbliebenen in der Geltendmachung ihrer Schadensersatzansprüche durch die Vorschrift des § 146 nicht beschränkt sind. Für den letzteren Fall kommt in Betracht, daß der § 146 Abs. 1 auch gilt, wenn der Verletzte und seine Hinterbliebenen „einen Anspruch auf Rente nicht haben". Zu der Untersuchung, ob hier für den Richter auch die von den Versicherungsbehörden bezüglich des Zutreffens der Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 getroffene Feststellung bindend ist, bietet der gegenwärtige Fall keinen Anlaß.

Für dessen Entscheidung handelt es sich nur noch um die Frage, ob der Bekl. in bezug auf den Unfall, wegen dessen er von den Kln. in Anspruch genommen wird, als Betriebsunternehmer i. S. des § 146 oder als Dritter i. S. des § 151 LwUVG. anzusehen ist. Nur im ersteren, nicht auch im letzteren Fall stünde der Klage die durch ersteren § errichtete gesetzliche Schranke entgegen.

Hinsichtlich dieser Frage wäre ein in den Akten der Unfallversicherungsbehörde etwa enthaltener Ausspruch für die Gerichte allerdings nicht bindend, wie sich dies schon aus der Fassung des § 146 Abs. 4 ergibt und wie es auch vom Reichsgericht [1]) ausgeführt wurde, da aber das Gericht an die Entscheidung der Versicherungsbehörde, daß ein Betriebsunfall vorliege, gebunden bleibt, kann es nicht mehr auf Grund der Annahme, der Unfall habe sich überhaupt nicht bei einem landwirtschaftlichen Betrieb ereignet, zu dem Ergebnis gelangen, daß deshalb der Bekl. dem Verletzten bei dem Unfall nicht als Betriebsunternehmer gegenüber gestanden sein könne. Vielmehr hat es, auf dem Boden der versicherungsbehördlichen Entscheidung stehend, davon auszugehen, daß sich der Unfall bei einem landwirtschaft-

[1]) In seiner Entscheidung vom 16. Mai 1904 in Sachen Gerster g. Kästle.

lichen Betrieb ereignet habe und hat von diesem Standpunkt aus zu prüfen, ob nach dem Gesamtergebnis der Verhandlungen und der etwa eingezogenen Beweise der Betrieb des Bekln. als derjenige anzusehen sei, bei welchem der Unfall vorkam. Eigenartig lag in dieser Hinsicht der schon erwähnte Fall Gerster g. Kästle. Dort war der Klr. selbst auch, — ebenso, wie der Bekl. — landwirtschaftlicher Betriebsunternehmer und als solcher gemäß § 1 Abs. 5 LwUVG. und Art. 1 württ. Ges. v. 4. März 1888 (RegBl. S. 89) gegen Unfall versichert. Dort konnte daher das Gericht bei der Besonderheit der damaligen Sachlage ganz wohl zu der Annahme gelangen, der Klr. habe den Unfall, wegen dessen ihm eine Unfallrente zugebilligt worden war, wenn auch in den Betriebsräumen des Bekln., so doch nicht bei dessen landwirtschaftlichem Betrieb, sondern bei seinem eigenen Betrieb als Landwirt erlitten, der Bekl. sei ihm daher bei dem Unfall nicht als Betriebsunternehmer, sondern als Dritter gegenüber gestanden. Im gegenwärtigen Fall, wo der Verletzte nicht selbst Landwirt war, und wo der Unfall sich zutrug, als er ein Pferd des Bekln. besteigen wollte, um einen Erntewagen des Bekln. für diesen vom Feld zu holen, kann, nachdem festgestellt ist, daß es sich um einen landwirtschaftlichen Betriebsunfall handelt, ein Zweifel darüber gar nicht aufkommen, daß es nur der Betrieb des Bekl. — nicht etwa der Betrieb des Klrs. oder irgend einer andern Person — gewesen sein kann, bei welchem sich der Unfall zutrug. Es wird also wegen eines bei einem landwirtschaftlichen Betrieb vorgenommenen Unfalls von den Hinterbliebenen des Versicherten der Betriebsunternehmer, nicht ein Dritter — in Anspruch genommen. Die erhobene Klage ist also, da die Kl. selbst nicht behaupten daß der Bekl. den Unfall vorsätzlich herbeigeführt habe nach § 146 Abs. 1 u. 4 LwUVG. unzulässig.

Zum gleichen Ergebnis hätte übrigens, falls je davon auszugehen gewesen wäre, daß das Gericht die Entscheidung

der Versicherungsbehörden selbständig nachzuprüfen habe, auch diese Nachprüfung geführt und zwar auf Grund des eigenen tatsächlichen Vorbringens der Klr. Diese haben vortragen lassen: der Bekl. habe den in seiner (des Bekl.) Schankwirtschaft als Gast sitzenden B. ersucht, ihm das zur Einfuhr eines Erntewagens erforderliche Pferd aufs Feld zu verbringen, weil ein Gewitter am Himmel stehe und es deshalb pressiere. Hienach war die Sachlage, als B., um dem Ersuchen zu entsprechen, das Pferd besteigen wollte, nicht etwa so, daß B. sich gegen den Willen des Bekln. in dessen landwirtschaftlichen Betrieb eingemischt hätte; auch traf nicht zu, daß er, zwar unter Duldung des Bekln., aber nicht, um diesem eine durch den Betrieb erforderte Hilfe zu leisten, sondern zu seinem Vergnügen oder um den Arbeitern des Bekln. das Geschäft zu erleichtern, mit Hand angelegt hätte; endlich handelte es sich auch nicht um einen lediglich — von Anfang bis zu Ende — auf den freien Willen des B. abgestellten Gefälligkeitsdienst in dem Sinn, daß B., nachdem er dem Ersuchen des Bekl. entsprechend einmal davon geritten gewesen wäre, unterwegs unverrichteter Dinge hätte wieder umkehren dürfen. Beide Teile gingen vielmehr offenbar davon aus, daß bei dem Ernst der gegebenen Lage (bevorstehendes Gewitter) B., wenn er einmal auf das Ersuchen des Bekln. sich einlasse, die unternommene Besorgung auch dem Willen des Bekln. entsprechend zur Ausführung bringen, also insofern seinen Willen dem ausgesprochenen Willen des Bekln. unterordnen müsse.

B. hat in einer augenblicklichen, durch das aufziehende Gewitter geschaffene Notlage des Bekln. diesem einen zur Förderung seines landwirtschaftlichen Betriebs geeigneten und bestimmten Dienst geleistet oder wenigstens zu leisten unternommen, durch welchen er ihm die Inanspruchnahme einer andern Arbeitskraft ersparte. In solchen Fällen hat aber das Reichsversicherungsamt die „Arbeiter"-eigenschaft des Hilfeleistenden schon wiederholt anerkannt[1]).

[1]) Vgl. die im Handbuch der Unfallversicherung, herausgegeben von

Was die Klr. gegen die Arbeitereigenschaft des J. B. bei dem in Frage stehenden Unfall anführen, ist durchweg unerheblich, so in erster Linie das Schwägerschaftsverhältnis, in welchem B. zum Bekln. stand[1]), so ferner die soziale Stellung des B. als Pulverfabrikaufsehers, welche derjenigen des Bekln. vollkommen gleichgekommen sein soll. (Die Unfallversicherungsgesetze verbinden mit dem Begriff des „Arbeiters" überhaupt nicht die Auffassung, daß der „Arbeiter" eine bestimmte, mit der Stellung anderer Personenklassen in Vergleichung zu stellende gesellschaftliche Rangklasse einnehme; selbst der Reichste und Höchstgestellte kann — vorübergehend oder dauernd — „Arbeiter" im Sinn der Unfallversicherungsgesetze sein). Auch daß B. die Besorgung nicht gegen Lohn, sondern unentgeltlich übernahm, ist unerheblich[2]). Auch ein d a u e r n d e s Dienst- und Abhängigkeitsverhältnis war, wie sich aus dem schon Gesagten ergibt, nicht erforderlich, nicht einmal die Begründung irgend eines zivilrechtlichen Vertragsverhältnisses[3]), wobei übrigens bemerkt werden mag, daß B. — wie unbedenklich angenommen werden darf — durch Befolgung des Ersuchens des Bekln. zu diesem in ein Auftragsverhältnis getreten ist. Wenn ferner das Gericht I. Instanz die Parteien noch darüber befragt hat, ob der verstorbene B. „als landwirtschaftlicher Arbeiter versichert" gewesen sei, so deutet das auf die Auffassung hin, als ob zur Begründung der Stellung eines gegen Unfall versicherten Arbeiters eine Anmeldung zur Versicherung erforderlich wäre. Die Unrichtigkeit dieser Auffassung ergibt sich schon aus den bisherigen Ausführungen, außerdem aus dem Inhalt des ganzen Gesetzes.

„Im Betrieb" des Bekln. „beschäftigt" war der Verunglückte zur Zeit des Unfalls, weil die Arbeit, die er ver-

---

den Mitgliedern des Reichsversicherungsamts zu § 1 des ZwUVG. auf S. 26 unten bis S. 27 angeführten Beispiele.

[1]) Vgl. das erwähnte Handbuch S. 12/13 unter Nr. 13.

[2]) Vgl. a. a. O. S. 25 i. Eing. v. N. 31 JW. 1905 S. 508 nr 44.

[3]) Vgl. a. a. O. S. 26 i. Eing. v. N. 32.

richten sollte (das Hinausreiten des Pferds auf das Feld) zu den die Durchführung der landwirtschaftlichen Tätigkeit des Bekln. bezweckenden Verrichtungen gehörte[1]). Daß endlich auch der Unfall „sich beim Betrieb ereignet" hat d. h., daß er in ursächlichem Zusammenhang mit dem Betrieb und dessen Gefahren stand[2]), kann den Umständen nach nicht bezweifelt werden; daß er durch eine dem landwirtschaftlichen Betrieb eigentümliche Gefahr verursacht sei, ist nicht erforderlich[3]).

Urt. des III. CS. v. 14. Nov. 1905 i. S. Wagner g. Beck. Das Reichsgericht hat der Klin. das Armenrecht zwecks Einlegung der Revision wegen Aussichtslosigkeit der beabsichtigten Rechtsverfolgung verweigert.

12.

In welchem Zeitpunkt geht der Anspruch, der den nach Maßgabe der Unfallversicherungsgesetze entschädigungsberechtigten Personen auf Ersatz des ihnen durch den Unfall entstandenen Schadens gegen Dritte erwachsen ist, nach den Unfallversicherungsgesetzen vom 5. Juli 1900 auf die Berufsgenossenschaft über?

Hierüber besagen die

Gründe

eines Berufungsurteils:

Der § 151 LwUVG., auf den sich die Klage stützt, lautet in der Fassung des Ges. vom 30. Juni 1900 (RBl. S. 693): „Insoweit den nach Maßgabe dieses Gesetzes entschädigungsberechtigten Personen ein gesetzlicher Anspruch auf Ersatz des ihnen durch den Unfall entstandenen Schadens gegen Dritte erwachsen ist, geht dieser Anspruch auf die Berufsgenossenschaft im Umfang ihrer durch dieses Gesetz begründeten Ent-

[1]) Vgl. a. a. O. S. 22 i. Eing. v. N. 29.

[2]) Vgl. Nr. 37 a. a. O. S. 32/33.

[3]) S. ebendaselbst S. 33.

schädigungspflicht über". Im Vergleich mit dem entsprechenden § 119 des Ges. v. 5. Mai 1886 (gleichlautend mit der Fassung des § 98 des Unfallvers.G. vom 6. Juli 1884): die Forderung an den Dritten gehe „auf die Genossenschaft insoweit über, als die Verpflichtung der letzteren zur Entschädigung durch dieses Gesetz begründet ist" — stellt der jetzige § 151 augenscheinlich nur eine andere Fassung ohne sachliche Aenderung dar. Hienach ist zunächst die Ansicht der Civilkammer abzulehnen, der Anspruch auf Entschädigung entstehe im Umfang der gesetzlichen Entschädigungspflicht kraft Gesetzes von Anfang an unmittelbar für die Berufsgenossenschaft. Diese Ansicht steht in vollem Widerspruch mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes, das von einem Uebergang des fraglichen Anspruchs auf die Berufsgenossenschaft spricht. Dazu kommt aber, daß dem Gesetzgeber bei Erlassung des Ges. vom 30. Juni 1900 selbstverständlich wohl bekannt war, daß das Reichsgericht bisher in ständiger Rechtsprechung, gestützt auf den Wortlaut des Gesetzes, die Auffassung vertreten hatte, der bezeichnete Anspruch entstehe in der Person des Verletzten und gehe erst in einem späteren Zeitpunkt auf die Berufsgenossenschaft über; hätte nun der Gesetzgeber das Gesetz in diesem Punkt in den ihm von der Civilkammer beigelegten Sinn verstanden wissen wollen, so hätte er allen Anlaß gehabt, eine von der bisherigen Fassung abweichende Fassung zu wählen, also etwa statt „geht dieser Anspruch auf die Berufsgenossenschaft — über" zu sagen: „entsteht dieser Anspruch für die Berufsgenossenschaft"; da aber die in Rede stehende Bestimmung — wie oben bemerkt — sachlich unverändert geblieben ist, muß davon ausgegangen werden, daß diese Bestimmung so, wie sie lautet, auch gemeint ist, der Anspruch gegen den Verletzer also im ganzen Umfang in der Person des Verletzten entsteht. Das ist auch innerlich durchaus gerechtfertigt, weil andernfalls der Schadensersatzpflichtige leicht in Gefahr käme, doppelte Zahlung leisten zu müssen, der in gutem Glauben ohne Kenntnis davon, daß in Wirklichkeit

die Berufsgenossenschaft (in gewissem Umfang) seine Gläubigerin ist, dem Verletzten Schadensersatz leistet. Das Reichsgericht hat denn auch noch in seinen neuesten Entscheidungen [1]) sich gegen die von der Civilkammer vertretene Ansicht ausgesprochen.

Es fragt sich nun noch, ob der mehrerwähnte Forderungsübergang sofort mit Entstehung der Forderung in der Person des Verletzten erfolgt, oder erst in einem späteren Zeitpunkt, nämlich wenn die Entschädigungspflicht der Berufsgenossenschaft dem Versicherten (oder dessen Hinterbliebenen) gegenüber festgestellt ist. Für die letztere Ansicht hat sich das OLG. schon in einer Entscheidung vom 3. Nov. 1893 [2]) ausgesprochen in einem Fall, der die Auslegung des Art. 10 Abs. 2 des württ. Fürsorgegesetzes vom 23. Mai 1890 betraf, dessen Inhalt mit § 98 des UVG. vom 6. Juli 1884 im wesentlichen übereinstimmt. Das OLG. hat diesen Standpunkt auch in einem Urteil vom 29. April 1904 i. S. Landwirtschaftl. BG. für den Jagstkreis g. Scharpf in betreff des jetzt in Rede stehenden § 151 festgehalten und sich damit in Uebereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts befunden [3]).

Neuerdings ist nun ein Civilsenat des RG. [4]) von dieser Ansicht abgegangen und hat angenommen, die Forderung gegen den Dritten gelange zwar in der Person des Verletzten zur Entstehung, gehe aber sofort, „indem die Entstehung und der Uebergang sich zeitlich berühren", auf die Berufsgenossenschaft über. Andere Senate des RG. halten dagegen anscheinend auch jetzt noch an der bisher vertretenen Ansicht fest [5]). Die für die neue Ansicht geltend gemachten Gründe sind nicht überzeugend: wenn bei Beratung des Ges. vom

[1]) RG. 60 nr 49 u. 50.
[2]) S. WürttJ. 6, 308 ff.
[3]) Vgl. RG. 55 Nr. 95 u. die dort auf S. 388 Angeführten.
[4]) S. RG. 60 nr 49 u. 50.
[5]) A. a. O. S. 213 unten.

30. Juni 1900 in betreff des mit § 151 des LwUVG. gleichlautenden § 98 des GwUVG. „ein Regierungsvertreter" bemerkt hat: nach der Vorlage wie nach einer in der Reichstagskommission vorgeschlagenen aber abgelehnten Fassung „finde der Uebergang der Forderung gegen den Dritten sofort mit ihrer Entstehung statt", so kann dieser Aeußerung ein Gewicht um so weniger beigelegt werden, als die von diesem Regierungsvertreter kundgegebene Auffassung weder in der Vorlage noch in deren Begründung irgendwie zum Ausdruck gelangt und ebensowenig ersichtlich ist, daß die gesetzgebenden Faktoren die fragliche Bestimmung in dem ihr von diesem Regierungsvertreter beigelegten Sinn haben zum Gesetz erheben wollen. Die Begründung der Vorlage sprach davon: der Anspruch gehe auf die BG. über, „soweit die letztere bereits eine Entschädigung gewährt hat", ging also wohl — im Gegensatz zu der Ansicht des Regierungsvertreters — davon aus, der Uebergang erfolge erst im Zeitpunkt der Leistung einer Entschädigung seitens der Berufsgenossenschaft an den Verletzten [1]).

Solang nicht festgestellt ist, daß und in welchem Umfang die Berufsgenossenschaft dem Verletzten entschädigungspflichtig ist, können der Berufsgenossenschaft keine Ansprüche gegen den Dritten zustehen; daß aber mit Feststellung der Entschädigungspflicht der Schadensersatzanspruch gegen den Dritten als vom Augenblick der Verletzung an auf die Berufsgenossenschaft übergegangen sollte zu gelten haben, läßt sich schon mit Rücksicht auf die praktischen Unzuträglichkeiten nicht annehmen, die sich aus einer derartigen Gesetzesbestimmung ergeben würden [2]).

Der erkennende Senat findet daher keinen Grund, von der bisher vom OLG. festgehaltenen dem Wortlaut des § 151 keinenfalls zuwiderlaufenden Ansicht abzugehen, wonach der

---

[1]) Vgl. Stenogr. Berichte des Reichstags I. Session der 10. Legislaturperiode 1898—1900, Anl. Bd. 4 S. 3107, Bd. 6 S. 4517.

[2]) Vgl. RG. 24 nr 23 S. 130—31 (II CS.); 28 nr 18 S. 93 (VI CS.); JW. 1899 S. 747 nr 23 a. E.

Schadensersatzanspruch gegen den Dritten erst in dem Zeitpunkt auf die Berufsgenossenschaft übergeht, in dem deren Entschädigungspflicht feststeht. Dabei mag übrigens darauf hingewiesen werden, daß die Ansicht, wonach dieser Uebergang schon im Zeitpunkt der Verletzung erfolgt, praktisch meist zu dem gleichen Ergebnis führen wird, wie die hier vertretene Ansicht: denn die Berufsgenossenschaft müßte gemäß §§ 407, 412 BGB. eine Leistung u.s.w., die der Dritte nach dem Uebergang an den Verletzten bewirkt hat, gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Dritte den Uebergang bei der Leistung u.s.w. gekannt hat; eine solche Kenntnis wird aber jedenfalls *insolang*, als nicht feststeht, daß die Berufsgenossenschaft entschädigungspflichtig ist, häufig fehlen. Die Auslegung, die die Entscheidung des RG. Bd. 60 Nr. 49 dem § 412 BGB. gibt, ist unter allen Umständen abzulehnen, weil sie zu einer dem Wortlaut und Sinn des Gesetzes zuwiderlaufenden, auf Fiktion der Gesetzeskenntnis beruhenden Schädigung des Dritten führen würde, der in gutem Glauben an den Verletzten bezahlt hat.

Urt. des III. CS. vom 13. Febr. 1906 i. S. Maier g. Landwirtschaftliche Berufsgenossenschaft für den Neckarkreis.

13.

Zum Begriff des „Abzahlungsgeschäfts" i. S. des RGes. v. 16. Mai 1894.

Die Klage auf Bezahlung von 600 Mk. war auf die Behauptung gestützt, Kl. habe dem Bekl. ein Pferd um 600 Mk., zahlbar zur einen Hälfte am 1. April, zur andern Hälfte am 11. November 1905, mit der Maßgabe verkauft, daß Bekl., falls er die erste Rate nicht pünktlich bezahle, auch die zweite Rate sofort zu entrichten habe, und der Bekl. habe die erste Rate nicht zur Zeit bezahlt. Das Landgericht hat die Klage, soweit sie auf Zahlung der zweiten

4*

300 Mk. gerichtet war, abgewiesen mit der Begründung: die im Kaufvertrag vom 22. November 1904 getroffene Abrede, daß, falls der Bekl. mit der ersten Rate des Kaufpreises in Verzug käme, auch die zweite sofort verfallen sein solle, habe nach § 4 Abs. 2 des G. betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894 keine rechtliche Gültigkeit. Das Berufungsgericht hat den Bekl. zur Zahlung auch der zweiten 300 Mk. verurteilt aus folgenden

Gründen:

Mit Recht fühlt sich der Kl. dadurch beschwert, daß das Landgericht auf den zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag die Bestimmung des § 4 Abs. 2 des Reichs-G. betr. die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894 angewandt hat. Dieses Gesetz hat eine Definition des Begriffs des Abzahlungsgeschäfts nicht gegeben. Im wirtschaftlichen Sinn und nach dem Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens versteht man unter einem Abzahlungsgeschäft die Veräußerung einer beweglichen Sache gegen Zahlung in einer Reihe kleinerer Beträge unter vorgängiger Uebergabe der Sache. Mit diesem wirtschaftlichen Begriff deckt sich der Begriff des Abzahlungsgeschäfts, wie es sich aus den Bestimmungen des angeführten Reichsgesetzes ergibt, nicht vollkommen. Das Reichsgesetz stellt für die Fälle, für welche es Vorsorge trifft, noch weitere Voraussetzungen auf. In § 1 wird noch gefordert, daß dem Veräußerer vertragsmäßig oder gesetzlich ein Rücktrittsrecht wegen Nichterfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtungen zusteht, und in § 4 Abs. 2 wird verlangt, daß die Zahl der Teilzahlungen, zu welchen sich der Käufer verpflichtet hat, zwei übersteigt. Denn wenn in dem letzterwähnten § gesagt ist, die Abrede, daß die Nichterfüllung der dem Käufer obliegenden Verpflichtung die Fälligkeit der Restschuld zur Folge haben sollte, könne rechtsgültig nur für den Fall getroffen werden, daß der Käufer mit mindestens 2 aufeinander folgenden Teilzahlungen ganz oder teilweise im Verzug sei, so ist daraus zu schließen, daß die genannte Bestimmung Fälle, in welchen von Anfang an überhaupt nur

2 Teilzahlungen vereinbart wurden, nicht treffen wollte. Für diese Auslegung spricht auch die Tendenz des § 4 Abs. 2, welcher den Zweck verfolgt, den wirtschaftlich Schwachen zu schützen und verhüten will, daß Abzahlungskäufern, welche sich durch die Zerteilung des Kaufpreises in kleine Einzelbeträge zum Ankauf einer Sache bestimmen ließen und denen regelmäßig mit Rücksicht auf diese kleinen Ratenzahlungen ein höherer Kaufpreis berechnet wird, bei nur einmaliger Versäumung der Entrichtung einer kleinen Rate der Kredit, für dessen Gewährung sie dem Verkäufer einen höheren Kaufpreis bewilligten, wieder entzogen wird. Ein solches Schutzbedürfnis besteht aber für einen Käufer, der die Entrichtung des gesamten Kaufpreises in zwei großen Raten verspricht, regelmäßig nicht und es ist auch nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber in § 4 Abs. 2 des Gesetzes solche Fälle treffen wollte. Setzt aber die Anwendung des § 4 Abs. 2 des zitierten Gesetzes die Zerlegung der Berichtigung des Kaufpreises in jedenfalls mehr als zwei Teilzahlungen voraus, so fällt der zwischen den Parteien geschlossene Vertrag nicht unter die erwähnte Gesetzesbestimmung und es ist die im Vertrag getroffene Abmachung, daß bei Nichtzahlung der ersten Rate sofort auch die zweite fällig werde, gültig.

Urt. des II. CS. vom 30. Okt. 1905 i. S. Schuler g. Reutter.

14.

1. Uebergang des Eigentums eines (nicht rechtsfähigen) Vereins alten Rechts auf einen eingetragenen Verein.
2. Amtsniederlegung eines Vereinsvorstands.
3. Verurteilung eines auf Herausgabe von Sachen belangten Beklagten, der im Lauf des Rechtsstreits aufgehört hat, Besitzer zu sein, in der Hauptsache und im Kostenpunkt?

Die seit Jahren in Stuttgart bestehende Gesellschaft „Urbania" hat in der Generalversammlung vom 11. Sept.

1904 beschlossen, sich mit dem Verein „Winzerklub" unter letzterem Namen zu verschmelzen; eine außerordentliche Generalversammlung der Urbania beschloß am 8. Dez. 1904, den Verein „Urbania" in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts eintragen zu lassen; dem einschlägigen durch den Vereinsvorstand N. N. gestellten Antrag hat das Amtsgericht entsprochen. Die Urbania hatte im Nebenzimmer der Wirtschaft des Bekl. ihr Vereinslokal, wo in zwei Holzschränken die beiden Vereinsfahnen und die Liedersammlungen und Notenhefte des Vereins aufbewahrt wurden und wo auch mehrere dem Verein gehörige Bilder sich befanden. Von der Minderheit, die gegen die Verschmelzung der beiden Vereine Urbania und Winzerklub war und die das alte Vereinslokal beibehalten wollte, hat der Bekl. die Weisung erhalten, daß das Inventar der Urbania ohne ihre Erlaubnis nicht aus dem Vereinslokal entfernt werden dürfe. Demgemäß verweigerte der Bekl. dem Vorstand der Urbania N. N., die Herausgabe der obigen Inventarstücke.

Der klägerische Verein hat nun als angeblicher Eigentümer gegen den Bekl. als den angeblichen Besitzer Klage erhoben mit dem Antrag den Bekl. zur Herausgabe der fraglichen Sachen zu verurteilen. Der Bekl. hat bestritten, daß der klägerische Verein Eigentümer des Vereinsinventars geworden sei, das vielmehr der alten noch fortbestehenden Gesellschaft Urbania gehöre. Der Beschluß der Generalversammlung vom 11. Sept. 1904 sei nicht statutenmäßig erfolgt; auch habe der Vorstand N. schon in der Versammlung vom 8. Sept. 1904 sein Amt niedergelegt. Ferner hat er geltend gemacht, der klagende Verein sei, weil mit dem Winzerklub zu dem Gesamtverein „Winzerklub" verschmolzen, nicht mehr zur Klage legitimiert; auch fehle ihm (dem Bekln.) die Passivlegitimation, da er die fraglichen Sachen nicht mehr besitze.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Die schon von Amtswegen zu prüfende Parteifähigkeit und gesetzliche Vertretung des klägerischen Vereins ist nicht zu beanstanden. Der Klr. ist ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist (BGB. § 21); er ist in das Vereinsregister des Amtsgerichts, in dessen Bezirk er seinen Sitz hat, eingetragen und zwar auf Grund einer Satzung, die den wesentlichen Erfordernissen des § 57 Abs. 1 BGB. entspricht. Ob der Verein vorher als nicht rechtsfähiger Verein bestanden hat oder ob zur Zeit der Anmeldung nur eine Vereinigung zum Zweck der Erschaffung eines rechtsfähigen Vereins vorhanden war, ist für die Rechtsgültigkeit der Eintragung unerheblich. Angemeldet hat den Verein zur Eintragung diejenige Person, welche inhaltlich der Satzung und der Urkunde über die Bestellung des Vorstands der Vorstand des Vereins war. Ob bei dem Zustandekommen der Vereinssatzung oder bei der Wahl des Vorstands Ordnungswidrigkeiten vorgekommen sind, ist hieher gleichfalls unerheblich; eine Nichtigkeit der Eintragung folgt aus dem, was gegen die Legitimation des Vorstands zur Herbeiführung der Eintragung und gegen die Ordnungsmäßigkeit der Generalversammlungsbeschlüsse vorgebracht worden ist, nicht; es genügt, daß der Wille der Vereinsmitglieder, daß der Verein als rechtsfähiger Verein eingetragen werden solle, sich aus der Satzung ergibt[1]).

Die Legitimation des R. R. als gesetzlicher Vertreter des eingetragenen Vereins folgt aus dem Registereintrag. BGB. §§ 26, 64. Die Aktivlegitimation des Klrs. ist gleichfalls nachgewiesen: daß die herausverlangten Gegenstände — bisher Eigentum der „Gesellschaft Urbania" waren, ist außer Streit; es handelt sich daher lediglich um die Frage, ob dieses Eigentum auf den klägerischen Verein übergegangen ist.

Die bisherige „Gesellschaft Urbania" war ein Personenverein mit korporativer Verfassung: er bestand aus einer unbestimmten Anzahl von Personen, von deren Wechsel sein

[1]) Planck, BGB. § 59 Erl. 1. Dernburg, Bürgerl. Recht I § 35 VII.

Fortbestand unabhängig war; er hatte eine durch Statuten geregelte Organisation, seine Organe bestanden aus einem Vorstand, der den Verein nach außen vertrat, aus einem Ausschuß und aus der Generalversammlung.

Die moderne Rechtsentwicklung unter der Herrschaft des alten Rechts hat die Möglichkeit anerkannt, daß solche Personenvereine, auch wenn sie nicht als förmliche, juristische Personen anzusehen sind, doch unter dem Namen des Vereins Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, auch als Partei vor Gericht auftreten konnten. Auf solche Vereine ist, wenn sie zur Zeit des Inkrafttretens des BGB.s bestanden, das bisherige Recht anzuwenden, da für sie nicht, wie für die juristischen Personen in Art. 163 EG. z. BGB., eine die Anwendung des neuen Rechts anordnende Uebergangsvorschrift getroffen ist; eine Anwendung des neuen Rechts versteht sich auch nicht etwa aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen von selbst, vielmehr ist nach dem BGB. und dem EG. von dem allgemeinen Rechtsgrundsatz auszugehen, daß neue Gesetze in der Regel auf die bestehenden Privatrechte keine rückwirkende Kraft haben[1]).

Durch die Eintragung eines bisher nicht rechtsfähigen Vereins (nicht rechtsfähig im Sinn des neuen Rechts) entsteht zwar kein neuer Verein, aber immerhin entsteht eine neue juristische Person. Hieraus wird gefolgert, daß das Vermögen des bisher nicht rechtsfähigen Vereins nicht von selbst (ipso jure) auf die neue juristische Person übergeht[2]). In der Regel wird aber ein solcher Uebergang als stillschweigend gewollt und, sofern zur Uebertragung des Rechts ein Vertrag genügt, als stillschweigend erfolgt anzusehen sein.

Auf einen solchen Vermögensübergang stützt der Kl.

---

[1]) Planck, EGBGB. Art. 163 Erl. 6; RG. 51, 161. Dernburg, Bürgerl. Recht I § 78 IV, Habicht, Einwirkung (1901) S. 127.

[2]) Planck, BGB. § 65 Anm.; a. A. Dernburg, Bürgerl. Recht I § 74 Anm. 2, Rechtspr. d. OLG. 2, 462, die annehmen, daß das bisherige Gesellschaftsvermögen von selbst Vereinsvermögen werde.

seine Aktivlegitimation. Zur Annahme der Rechtsänderung ist der Nachweis erforderlich, daß die Umwandlung der „Gesellschaft Urbania" in einen eingetragenem Verein und der Vermögensübergang auf verfassungsmäßigen, bezw. satzungsgemäßem Wege zustande gekommen ist. Dieser Nachweis ist erbracht. . . . Die fragliche Umwandlung bedingt eine Aenderung der Statuten. Diese ist erfolgt. . . .

Mit Unrecht wird die Rechtsgültigkeit jener Beschlüsse aus dem Grunde angefochten, daß R. R. zufolge seiner Erklärung in der Sängerversammlung (nicht Generalversammlung) vom 8. Sept. 1904 seine Vorstandsstelle niedergelegt habe und daher zur Fortführung der Vorstandsgeschäfte, insbesondere zur Abhaltung und Leitung der Versammlungen nicht mehr befugt gewesen sei. Wäre anzunehmen, daß mit der fraglichen Erklärung R. sein Amt endgültig habe niederlegen wollen, so wäre diese Willenserklärung unwirksam gewesen, da nicht die Grundsätze des Mandats Platz greifen würden; vielmehr beruhte die Stellung des Vorstands R., vermittelt durch die Wahl, auf dem Gesellschaftsvertrag, zufolge dessen er zur Führung der Vorstandsgeschäfte nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet war; ein Gesellschaftsrecht und eine Gesellschaftspflicht ist von einem Recht, oder bezw. einer Pflicht aus dem Mandat wesentlich verschieden[1]). Einen zur sofortigen Niederlegung des Vorstandsamts berechtigenden Grund aber wußte der Bekl. selbst nicht anzuführen.

Die Kündigung wäre übrigens auch aus dem Grunde nicht rechtsgültig erfolgt, weil sie nicht dem zur Entgegennahme derselben befugten Organe des Vereins, dem Ausschuß oder der Generalversammlung oder wenigstens dem Vorsitzenden derselben, zugegangen ist.

Zur Uebereignung der im Eigentum der „Gesellschaft Urbania" stehenden beweglichen Sachen von dem eingetragenen Verein Urbania genügte die in dem Generalversammlungs-

[1]) Motive zum I E. BGB. II § 638, arg. Behrend, Handelsrecht I Bd. 2. Abtlg. § 124 Note 25—27.

beschluß vom 8. Dez. 1904 in Verbindung mit dem stillschweigend weiter Gewollten enthaltene Uebereinkunft, da der Vorstand des eingetragenen Vereins als Vertreter der „Gesellschaft Urbania" bereits im Besitz der Sachen war, die in das Eigentum des eingetragenen Vereins übergehen sollten (BGB. § 929 Satz 2), oder, sofern anzunehmen wäre, daß schon damals der Besitz der Sachen dem Vereinsvorstand durch das Vorgehen der Gegner der Vereinigung und durch die Vorenthaltung seitens des Bekln. entzogen worden sei, die Uebergabe durch die stillschweigend vom bisherigen Verein an den eingetragenen Verein erfolgte Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sachen ersetzt worden ist (BGB. § 931). Die Bestimmungen des § 181 BGB. standen einer Vereinigung der beiden Vertreterrollen in der Person des Vorstands N. nicht entgegen, da ihm solche gestattet war.

Die Passivlegitimation des Bekln. zur Zeit der Klagerhebung ergibt sich aus der Tatsache, daß er zu jener Zeit im Besitz der herausverlangten Sachen war. Der Bekl. ist jetzt nicht mehr im Besitz der Sachen. Da § 985 BGB. den gegenwärtigen Besitz des Bekln. voraussetzt, so kann der Bekl. aus § 985 BGB. nicht mehr zur Herausgabe der Sachen verurteilt werden. Anders läge die Sache, wenn § 265 CPO. zuträfe. Wenn Crome sagt: „Entäußert sich der Besitzer nach Prozeßbeginn der Sache, so ist dies auf den Fortgang des Rechtsstreits ohne Einfluß", so kann dieser Satz in der Allgemeinheit nicht als richtig anerkannt werden. Veräußerung im Sinne des § 265 Abs. 2 CPO., vgl. auch § 325 CPO., liegt im Falle einer Besitzänderung nur dann vor, wenn der bisherige Besitzer den Besitz auf einen anderen überträgt und zwar in der Weise, daß eine der Parteien oder ihr Rechtsnachfolger mittelbarer Besitzer wird. Dieses trifft aber im gegenwärtigen Fall nicht zu. Wie aus den Umständen zu entnehmen ist, — Bekl. war nicht Eigenbesitzer, sondern selbst nur Verwahrer — hat der Bekl. seinen

[1]) System 3 S. 405.

Besitz (den unmittelbaren Besitz) vollständig aufgegeben, ohne für sich irgend etwas zurückzubehalten, ohne insbesondere mittelbarer Besitzer geworden zu sein.

Für den Fall, daß der Bekl. in der Hauptsache (zur Herausgabe) nicht verurteilt werden könne, hat der Klr. seinen Klagantrag auf die Kosten beschränkt.

Dadurch, daß der Bekl. die Sachen nicht mehr besitzt, ist er nur von der Herausgabepflicht aus § 985 BGB. frei geworden, nicht aber auch von der Kostenpflicht. Der Kostenanspruch ist durch die Begründung der Rechtshängigkeit entstanden und davon abhängig, ob das Streiten des Gegners als objektiv unbegründet erscheint, §§ 91. 93 CPO.[1]). Eine Verschuldung des Kostenpflichtigen ist nicht erfordert; eine solche bildet nur die Voraussetzung für einen etwaigen Schadensersatzanspruch aus § 989 BGB., den sich der Klr. hinsichtlich der Hauptsache vorbehalten hat.

War der Klaganspruch zur Zeit der Klagerhebung gegen den Bekln. aktiv und passiv begründet, so folgt doch hieraus nicht, daß sämtliche Kosten dem Bekln. zur Last fallen. Denn durch die Beweisaufnahme vom 24. Oktober 1905 wurde festgestellt, daß der Bekl. nicht mehr im Besitze der Musikalien (einschl. Notenhefte) und Bilder war; die Verurteilung des Bekl. zur Herausgabe dieser Gegenstände durch das Endurteil vom 9. Nov. 1905 ist daher zu Unrecht erfolgt und es ist deshalb auch die gegen dieses Urteil eingelegte Berufung in der Hauptsache begründet. Demzufolge hat der Klr. den auf den letzten Streitgegenstand (den Gegenstand des Endurteils) entfallenden Teil der Kosten, soweit sie durch die Aufrechterhaltung seines Herausgabeanspruchs bezüglich der Musikalien und Bilder in der letzten mündlichen Verhandlung in I. Instanz entstanden sind, ferner den auf jenen Streitgegenstand entfallenden Teil der Kosten der Berufungsinstanz zu tragen. Alle übrigen Kosten aber fallen dem Bekl. zur Last, der in I. Instanz mit Recht zur Herausgabe der andern Klaggegenstände (der Vereinsfahnen

[1]) RG. 54 S. 39.

und der Schränke) verurteilt worden ist. Es ist zwar außer Streit, daß der Bekl. jetzt auch diese Gegenstände nicht mehr besitzt; allein seine Passivlegitimation bezüglich der letzteren Gegenstände hat der Bekl. in der Berufungsinstanz erst nach kontradiktorischer Verhandlung bestritten, vorher seinen Sachantrag auch bezüglich der letzteren Gegenstände fallen zu lassen, hatte daher der Klr. keinen Anlaß.

Urt. des III. CS. vom 30. Januar 1906 i. S. Mäckle g. Urbania.

15.

Zur Auslegung des § 957 BGB.

In den

Gründen

eines Berufungsurteils ist gesagt:

Nach § 956 BGB. erwirbt der, dem der Eigentümer die Aneignung von Erzeugnissen gestattet, das Eigentum an ihnen, wenn ihm der Besitz der Sache überlassen ist, mit der Trennung, andernfalls mit der Besitzergreifung, und nach § 957 finden diese Vorschriften auch dann Anwendung, wenn der die Aneignung Gestattende nicht berechtigt war, außer es wäre der andere nicht in gutem Glauben gewesen.

Da nach dem Wortlaut dieser Bestimmung jede Besitzergreifung in gutem Glauben mit Erlaubnis irgend eines Unbefugten Eigentum verschaffen würde[1]), und gegenüber dem Eigentumserwerb an selbständigen Sachen der an Erzeugnissen insofern erleichtert wäre, als diese dem Eigentümer auch gestohlen oder sonst abhanden gekommen sein könnten, ohne daß dies den Eigentumserwerb ausschließen würde, so sind verschiedene Versuche gemacht worden, weitere Erfordernisse für die Anwendung des § 957 BGB. aufzustellen. Hellmann verlangt[2]), daß der Unbefugte selbst in der Lage gewesen sein müsse, die betreffenden Sachen durch Trennung

[1]) Cosak, Lehrbuch II S. 136.

[2]) Im Recht 1901 S. 417 u. 532.

zu Eigentum erwerben zu können; Harburger[1]) verlangt zur Anwendung des § 957, daß der Gestattende in der Lage sei, die tatsächliche Gewalt über die Muttersache auszuüben, und Jacubezky[2]) läßt den Eigentumserwerb nach § 957 nur eintreten, wenn der Gestattende zur Zeit der Besitzergreifung des andern selbst im Besitz der Sache ist, denn bei der Auslegung des § 957 müsse dessen grundsätzliche Uebereinstimmung mit § 932 zum Ausgangspunkt genommen werden. Nach § 929 und 932 muß aber der Veräußerer die Sache übergeben, also selbst im Besitz sein[3]).

Würde man sich einer dieser Ansichten anschließen, so würde sich ohne weiteres die Verurteilung der Beklagten zu dem ganzen geforderten Betrag ergeben, denn sie wären wegen Mängel in der Person des N. nicht Eigentümer des Holzes geworden, selbst wenn sie in gutem Glauben gewesen wären.

Allein alle diese Versuche scheinen mehr aus dem Bestreben, einem praktischen Bedürfnis gerecht zu werden, hervorgegangen zu sein; in den gesetzlichen Bestimmungen haben sie keine Grundlage. Insbesondere ist es nicht angängig, aus § 932 ein Erfordernis in den § 957 hineinzutragen, das dem Inhalt dieser Bestimmung fremd ist, und ebenso wenig erscheint es zulässig, den § 935 nicht bloß auf Sachen und Bestandteile von solchen, sondern auch auf Trennung von Erzeugnissen anzuwenden. Denn der § 957 hat eben einen objektiven Umstand, der den guten Glauben des Erwerbers rechtfertigen kann, nicht zur Voraussetzung[4]).

Das Ergebnis ist allerdings eigentümlich, aber der Wortlaut des § 957 zwingt dazu. Hätte N. an die Beklagten das gehauene Holz verkauft, so wären sie nicht Eigentümer geworden; weil er aber das Holz auf dem Stamm an sie verkauft hat, werden sie Eigentümer an dem Holz, von dem

[1]) Ebendaselbst S. 484. [2]) Im Recht 1902 S. 4.

[3]) cf. auch Biermann, Sachenrecht § 957a; Neumann, BGB. § 957, Anm. 3.

[4]) Blume in den Blättern f. RA. Bd. 67 S. 102, 113; Planck, BGB. III. Aufl. § 957 A 2 a) α u. b) γ.

sie, solange sie in gutem Glauben gewesen sind, Besitz ergriffen haben.

Urt. des II. CS. vom 14. Dez. 1905 i. S. Schmid g. Schlachter.

16.

Stillschweigende Verpflichtung zur Bestellung einer Grunddienstbarkeit.

Die Klin. hat durch notariellen Vertrag vom 9. März 1905 von den bekln. Eheleuten das Haus Ostendstraße 20 in S. gekauft, es am 30. März übergeben und schon vorher, am 13. März aufgelassen und zugeschrieben erhalten. Das Erdgeschoß war zu einer Wirtschaft eingerichtet, im Untergeschoß befand sich eine Kegelbahn, die jedoch $3^1/_2$ m weit in das anstoßende, auch dem Bekln. gehörige Haus Hackstraße 79 hineinragte, was die Klin. erst nach ihrer Eintragung im Grundbuch bei der Uebergabe erfahren haben will. Die Klin. hat behauptet, sie habe die Kegelbahn als wesentlichen Bestandteil der Wirtschaft mitgekauft zu haben, und die Bekln. für verpflichtet erachtet, dem verkauften Hause eine entsprechende Grunddienstbarkeit an dem Hause Hackstraße 79 zu bestellen. Sie hat eine einstweilige Verfügung 1905 erwirkt, wonach ihr Anspruch auf Bestellung einer solchen Grunddienstbarkeit durch Eintragung einer Vormerkung im Grundbuche sichergestellt werden soll. Binnen der zur Rechtfertigung der einstweiligen Verfügung gestellten Frist hat sie Klage erhoben, mit der sie beantragt hat, die einstweilige Verfügung für berechtigt zu erklären. Ohne das auf Hackstraße 79 liegende Stück ist nach ihrer Behauptung die Kegelbahn wertlos.

Der Klage ist entsprochen worden, vom Berufungsgericht aus folgenden

Gründen:

Eine für den gegenwärtigen Rechtsstreit, in dem es sich

nur um die Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, genügende Bescheinigung dafür ist erbracht, daß der Klin. ein Anspruch auf Einräumung einer ihr die unbeschränkte Benützung der Kegelbahn in ihrer ganzen bisherigen Ausdehnung ermöglichenden Grunddienstbarkeit an dem Hause Hackstraße 79 zusteht.

Wie durch die übereinstimmenden Aussagen der vom Landgericht vernommenen Zeugen glaubhaft gemacht ist, hat der bekl. Ehemann den Sohn und Vertreter der Klin. vor der Uebergabe des Hauses Ostendstraße 20 nicht darauf aufmerksam gemacht, daß ein Teil der Kegelbahn von ihm in das Nachbarhaus hineingebaut worden war und daher von dem Käufer des Hauses Ostendstr. 20 nicht zu Eigentum erworben werden konnte; es ist auch glaubhaft, daß der kläg. Vertreter hievon bei der Besichtigung der Räume nichts bemerkte, sondern, wie vom Zeugen R. bestätigt ist, erst bei der Uebernahme des Hauses am 30. März 1905 Kenntnis erlangt hat. Da nun der Bekl. zweifellos wußte, daß mit dem Verkauf des Hauses Ostendstraße 20 das Eigentum an dem zum Nachbarhaus gehörigen Stück der Kegelbahn auf den Käufer nicht mit übertragen werde, und da andererseits selbstverständlich war, daß der Käufer die ganze, zur Wirtschaft gehörige Kegelbahn zu uneingeschränkter Benützung haben wollte und auf deren Ueberlassung rechnete, so hätte sich der Bekl. einer arglistigen Täuschung des kläg. Vertreters schuldig gemacht, wenn er bei den Kaufsverhandlungen die ihm bekannten Verhältnisse in der Absicht verschwiegen hätte, um sich das unbeschränkte Eigentum an dem zu seinem Hause Hackstraße 79 gehörigen Stück der Kegelbahn zu erhalten und der Klin. kein Recht auf Benützung dieses Stückes einräumen zu müssen.

Ob der Klin. aus einem solchen arglistigen Verhalten des Bekln. unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes ein Anspruch auf Bestellung einer Grunddienstbarkeit erwachsen könnte, kann dahingestellt bleiben. Denn die Bekln. bestreiten ein arglistiges Handeln und für die Annahme eines solchen

liegen zunächst auch keine zwingenden Gründe vor.

War aber der Bekl., wie hienach für den gegenwärtigen Rechtsstreit zu unterstellen ist, nicht von einer arglistigen Absicht geleitet, so muß sein Wille dahin gegangen sein, der Klin. die volle Benützung der Kegelbahn, deren wirtschaftliche Zugehörigkeit zu dem verkauften Hause außer Zweifel war, zu verschaffen und ihr also, da ein Teil der Kegelbahn von dem über das Haus Ostendstraße 20 abgeschlossenen Kauf, wie er wußte, nicht mitumfaßt wurde, insoweit eine Grunddienstbarkeit an dem ihm verbleibenden Hause Hackstraße 79 zu bestellen: das Angebot der Bestellung einer solchen Dienstbarkeit war ein allerdings nicht ausdrücklich hervorgehobener, aber aus den Umständen sich ergebender, notwendiger Teil des Verkaufsantrags hinsichtlich des Hauses Ostendstraße 20. Gegen diese Annahme kann auch nicht etwa geltend gemacht werden, der Bekl. habe davon ausgehen dürfen, die Kegelbahn könne auch innerhalb der Räume des Hauses Ostendstraße 20 zweckentsprechend eingerichtet werden. Denn auch auf die Notwendigkeit einer solchen Aenderung hätte der Bekl. bei den Kaufsverhandlungen die Klin. hinweisen müssen, was nicht geschehen ist. Ueberdies ist nicht glaubhaft, daß die Kegelbahn bei der jetzt von dem Bekln. vorgeschlagenen Anordnung ebenso gut wie nach der ursprünglichen Anlage zu gebrauchen wäre. Denn auch der Bekl., der Erbauer der beiden Häuser, war sich ohne Zweifel darüber klar, daß das Hereinragen der Kegelbahn in das Haus Hackstraße 79 den Wert dieses Hauses erheblich vermindert und die Möglichkeit eines abgesonderten Verkaufs der beiden Häuser, damit aber die Verkäuflichkeit der Häuser überhaupt erschwert. Wenn er trotzdem diese Einrichtung getroffen hat, so zeigt dies, daß der Bekl. selbst es nicht für ausführbar hielt, die Kegelbahn in dem Hause Ostendstraße 20 allein zweckentsprechend unterzubringen.

War sonach der Wille des Bekln. beim Verkauf des Hauses Ostendstraße 20 auch auf Einräumung einer Grunddienstbarkeit hinsichtlich der Kegelbahn gerichtet, so hat die

Klin. diesen Vertragsantrag dadurch, daß sie auf den Kauf des genannten Hauses einging, angenommen. Allerdings war sie sich infolge des Schweigens des Bekln. dessen nicht bewußt, daß es sich dabei nicht bloß um den Kauf eines Grundstücks, sondern daneben noch, soweit das streitige Stück der Kegelbahn in Betracht kam, um den Kauf einer Grunddienstbarkeit am Nachbarhaus handelte. Allein dies ist unerheblich, denn es genügte, daß die Parteien über den tatsächlichen Inhalt des abzuschließenden Vertrages einig waren, der Rechtsform, in der ihr Zweck zu erreichen war, brauchten sie sich nicht bewußt zu sein. Nun wollte aber die Klin. zweifellos das Haus Ostendstraße 20 einschließlich der unbeschränkten Benützung der ganzen Kegelbahn in ihrer dermaligen Ausdehnung erwerben; war zur Erlangung dieser Benützung der Kegelbahn noch die Bestellung einer Grunddienstbarkeit an dem anstoßenden Gebäude erforderlich, so umfaßte die Einwilligung der Klin. in den Abschluß des ganzen Kaufvertrages ohne weiteres auch die Willenserklärung, sich jene Grunddienstbarkeit bestellen zu lassen.

Eine solche stillschweigende Vereinbarung der Bestellung einer Grunddienstbarkeit war in ähnlichen Fällen der Abveräußerung eines von zweien bisher wirtschaftlich verbundenen Grundstücken in verschiedenen älteren Gesetzgebungen ausdrücklich als Regel aufgestellt [1]) und wenn auch das BGB. eine gleiche Auslegungsregel nicht enthält, gilt sie doch auch für das heutige Recht [2]).

Die Gültigkeit der im vorliegenden Fall von den Parteien getroffenen Vereinbarung ist nicht zu beanstanden. An sich bedurfte diese Vereinbarung keiner Form [3]). Wird sie aber als Bestandteil des Kaufvertrags über das Haus Ostendstraße 20 betrachtet, so mag sie zwar, da sie in die notarielle Urkunde nicht aufgenommen wurde, zunächst

[1]) Vgl. Motive BGB. Bd. III S. 478 zu § 966 Abs. 2.

[2]) Vgl. Dernburg, Sachenrecht, § 170 Z. I, 1.

[3]) Vgl. Mot. a. a. O. Abs. 1; Dernburg a. a. O.

nach § 313 Satz 1 BGB. nichtig gewesen sein, sie ist aber nach Satz 2 das. dadurch gültig geworden, daß in der Folge, wie unbestritten ist, die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgten [1]).

Ist nach dem bisher Ausgeführten der Anspruch der Klin. gegen die Bekln. auf Bestellung einer Grunddienstbarkeit glaubhaft gemacht, so ist der Antrag der Klin. zur Sicherung dieses Anspruchs durch einstweilige Verfügung die Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch anzuordnen, nach §§ 883. 885 BGB. gerechtfertigt, ohne daß es weiter der Bescheinigung einer Gefährdung des kläg. Anspruchs bedürfte.

Urt. des I. CS. vom 1. Dezember 1905 i. S. Löffel g. Grüner.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

17.

Ist eine letztwillige Verfügung, die bezweckt zu verhindern, daß der Erbteil eines Erben in die Hände von dessen Gläubigern fällt, seitens der Gläubiger anfechtbar?

Der Vater des F. K. hatte in seinem Testament seine Ehefrau und seine 5 Kinder zu Erben eingesetzt, ersterer aber die lebenslängliche Nutznießung des Kapitalvermögens mit der Maßgabe überlassen, daß der Nettoertrag des Kapitalvermögens unter die Erben zu 6 gleichen Teilen zu verteilen sei. In betreff des F. K. hatte er sodann in einem Kodizill vom Jahr 1896 angeordnet, die diesem Sohn verschaffte Rente solle dessen Verwaltung entzogen sein, von den Testamentsvollstreckern verwaltet und der dem F. K. alljährlich auszubezahlende Teil von ihnen bestimmt werden; wenn Gefahr drohe, daß dessen Gläubiger die Rente mit Beschlag belegen, solle sie für die Fideikommissare „admassiert" wer-

[1]) Vgl. u. a. RG. Bd. 52 Nr. 1.

den. F. K. hat das Kodizill als gültig anerkannt. Im Jahr 1904 haben die Testamentsvollstrecker die Admassierung der ganzen Rente beschlossen. Klin., eine Gläubigerin des F. K., die dessen Anspruch auf die Rente hat pfänden lassen, hat diesen Beschluß als ungültig erachtet und gegen die Testamentsvollstrecker Klage mit dem Antrag erhoben, ihr aus dieser Rente 60000 Mk. zu bezahlen.

Die Klage ist abgewiesen worden.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

In betreff der Auslegung des Kodizills ist der von den Bekl. vertretenen, von der Zivilkammer gebilligten Auslegung beizutreten. Die Gültigkeit des Kodizills kann Kl. nicht aus dem Recht des F. K. anfechten, der ja seinerseits dessen Gültigkeit anerkannt hat. Kl. könnte sie nur anfechten, wenn der einschlägige Inhalt des Kodizills nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ungültig oder anfechtbar wäre. Das ist aber nicht der Fall.

Mit Recht hat die Zivilkammer gemäß Art. 213 EG-BGB. das bis 1. Januar 1900 geltende Recht als maßgebend angesehen.

Nach gemeinem und württ. Recht stand nun nichts entgegen, daß ein Erblasser ein Kind auf eine zur Deckung von dessen Unterhalt erforderliche Rente beschränkte, damit die Gläubiger dieses Kinds nichts erhalten: wenn er das Kind völlig enterbte, obgleich kein gesetzlicher Grund zur Entziehung des Pflichtteils vorlag, so hatte die Bestimmung Gültigkeit, falls das betroffene Kind sie nicht anfocht; dessen Gläubiger konnten sie nicht anfechten (außer etwa, wenn eine Pfändung des Anfechtungsanspruchs möglich und zu gunsten der Gläubiger erfolgt ist, was im vorliegenden Fall nicht geschehen ist).

Unter diesen Umständen ist nicht einzusehen, warum eine testamentarische oder kodizillarische Anordnung ungültig sein sollte, die — wie die in Rede stehende — bestimmt: einem Kind des Erblassers solle nur eine Rente von gewisser Höhe

und auch diese nicht ausbezahlt werden, wenn und soweit sie mutmaßlich nur von den Gläubigern des Kinds mit Beschlag belegt würde. Mit Recht hat die Zivilkammer bemerkt: Gläubiger haben kein Recht darauf, daß ihr Schuldner aus dem elterlichen Vermögen etwas erhalte (sie können nur etwa unter Umständen die dem Kind zustehenden Rechtsbehelfe an dessen Stelle geltend machen). Es läßt sich auch weder allgemein sagen, eine solche Anordnung sei als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig, noch erscheint eine solche Auffassung nach den Umständen des vorliegenden Falls angezeigt, wo es sich um die Gläubiger eines leichtsinnigen, verschwenderischen Menschen handelt und daher der Erblasser eine Ausbeutung des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit dieses Sohns nicht ohne Grund befürchten mochte.

Wenn die vom Kl. für sich angerufene Entscheidung des OAG. Lübeck[1]) den Satz ausgesprochen hat: „Kein Testator hat die Macht, dasjenige, was er seinen Erben wirklich zuwendet, durch eine Klausel der Art: es solle von dem Erben selbst erhoben werden — dessen Gläubigern zu entziehen", so mag das insofern richtig sein, als nicht bestimmt werden kann: der Erbe solle das und das erhalten, dessen Gläubiger dürfen sich aber hieran nicht halten: unrichtig wäre es aber nach dem oben Ausgeführten, wenn (was nicht anzunehmen ist) jener Satz besagen wollte: es dürfe einem Erben nicht deshalb etwas nicht zugewendet werden, weil es dessen Gläubigern zugut käme, — oder es dürfe ihm nicht eine Geldsumme nur ausgefolgt werden, wenn nicht dessen Gläubiger die Hand darauf legen.

Urt. des III. CS. vom 9. Januar 1905 i. S. Hanauer Kreditverein g. Kaupe.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

---

[1]) Bei Seuff A. 3 Nr. 86.

18.

Beweislast im Fall der Anfechtung eines Vertrags, wodurch das Nichtbestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt worden ist.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Der zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner geschlossene Vertrag, wodurch das Nichtbestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt wird (§ 397 Abs. 2 BGB.), kann in einem doppelten Sinn vorkommen: es kann die Absicht der Parteien sein, ohne Rücksicht darauf, ob die durch den Vertrag betroffene Forderung besteht oder nicht, sie durch Anerkennung ihres Nichtbestehens zur Tilgung zu bringen, oder aber kann der Wille der Parteien darauf gerichtet sein, durch ihre übereinstimmende zum Vertrag sich zusammenschließende Erklärung das Nichtbestehen der Schuld als der Wirklichkeit entsprechend festzustellen[1]). Besteht im letztgenannten Fall die als nichtbestehend anerkannte Forderung trotzdem zu Recht, so ist der von den Parteien beabsichtigte rechtliche Erfolg, nämlich die Feststellung der wirklichen Rechtslage, nicht erreicht worden. Die gemäß § 812 Abs. 2 BGB. in dem Anerkenntnis des Nichtbestehens der Forderung zu erblickende Leistung ist in diesem Fall ohne rechtlichen Grund erfolgt und der Schuldner demgemäß (nach Abs. 1 das.) zur Wiederherstellung des durch den negativen Anerkennungsvertrag zur Erlöschung gebrachten (§ 397 Abs. 2) Schuldverhältnisses verpflichtet[2]).

Was die Beweislast im Fall der Erhebung einer derartigen Klage betrifft, so hat der klagende Gläubiger neben dem Nachweis, daß die als nichtbestehend anerkannte Forderung doch bestanden habe, zu beweisen, daß der negative An-

---

[1]) Vgl. die Kommentare von Planck, Anm. 3 u. 5; Schollmeyer Bem. 2; Kuhlenbeck, Anm. 4 je zu § 397.

[2]) S. die angeführten Schriftsteller u. WürttJ. 16, 180.

erkennungsvertrag nichts anderes als eben die Feststellung der wahren Rechtslage bezweckt habe, und das schließt in sich, daß von ihm das Nichtvorhandensein jedes andern, dem Vertrag möglicherweise sonst unterliegenden Zwecks zu erweisen ist. Es muß also insbesondere dargetan werden, daß es sich nicht um die, wie oben gezeigt, in dem negativen Anerkennungsvertrag denkbarerweise zum Ausdruck kommende Absicht des Erlasses gehandelt hat, und ebenso muß das Nichtvorliegen des Zwecks der definitiven Erledigung gegenseitiger Aktiv- und Passivposten, wie er den Vertragsformen des Vergleichs oder der Abrechnung zugrunde liegt, erhärtet werden. Aus dem in dieser Weise geführten Beweis ergibt sich dann ohne weiteres, daß die Parteien beim Vertragsabschluß das Nichtbestehen des Schuldverhältnisses vorausgesetzt haben, daß sie nicht in konstitutiver Weise auf dasselbe einwirken wollten, sondern in lediglich deklaratorischer Absicht mit Bezug auf das unterliegende Schuldverhältnis verfahren sind.

Urt. des I. CS. vom 1. Juni 1906 i. S. Bühler g. Wörz.

II.

B. in Strafsachen.

1.

Ein Fall des § 114 StGB. gegenüber dem einen Pfändungsbeschluß erlassenden Amtsgericht.

Vom Amtsgericht C. war die Arbeitsverdienstforderung des Angeklagten soweit sie den Betrag von 2 Mk. 80 Pfg. täglich übersteigt, zu gunsten von Alimentenansprüchen für ein uneheliches Kind desselben gepfändet und dem Vormund zur Einziehung überwiesen worden. Nach Zustellung dieses Beschlusses verfaßte der Angeklagte eine Eingabe an das Amtsgericht, worin er erklärte, er lasse sich keinen Pfennig am Lohn abziehen, sonst müsse er seine 3 ehelichen Kinder totschlagen, soweit treibe ihn das Amtsgericht, dieses solle für Kleidung und Nahrung seiner Familie sorgen und wenn es ihm keinen Bescheid bis zum 4. d. M. schicke, daß die Sache aufgehoben sei, so sei er gezwungen, das Erwähnte auszuführen und werde vorher noch an andere Leute sich wenden, daß diese auch erfahren, wie man beim Amtsgericht mit einem Menschen umgehe, wenn man keinen Rechtsanwalt stellen könne, weil einem das Geld fehle.

Aus den Gründen:

Wenn die Strafkammer in diesem Vorgehen des Angeklagten den Tatbestand eines Vergehens des Widerstands gegen die Staatsgewalt i. S. des § 114 StGB. erblickt, so

lassen die in dem angefochtenen Urteil hierüber gegebenen Ausführungen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Zutreffend sind zunächst die Ausführungen der Strafkammer, daß die Handlung, zu deren Vornahme der Angeklagte das Amtsgericht Cannstatt, also eine Behörde, zu bewegen unternommen haben soll, nämlich die Aufhebung des Pfändungsbeschlusses, sich als eine Amtshandlung i. S. des § 114 StGB. darstellt. Denn das Amtsgericht ist im allgemeinen örtlich und sachlich zur Aufhebung der von ihm erlassenen Pfändungsbeschlüsse zuständig. Diese Aufhebung würde, wenn sie vom Amtsgericht verfügt worden wäre, nicht als eine dem Amtskreis dieser Behörde fremde Handlung anzusehen gewesen sein. Dies genügt aber für den Begriff einer Amtshandlung i. S. des § 114 StGB. Darauf, ob die Amtshandlung, wenn vorgenommen, nach den bestehenden Gesetzen — im vorliegenden Fall nach den Vorschriften der CPO. — gerechtfertigt gewesen wäre, kommt es für den Begriff der Amtshandlung nicht an. (Olshausen, Komm. zum StGB. 7. Aufl. § 114 Bem. 4, Rechtsspr. des RG. Band 1 S. 770).

Ferner stellt die Strafkammer fest, daß die Kundgebungen, durch welche der Angeklagte das Amtsgericht zu der gedachten Amtshandlung zu bewegen unternommen haben soll, sich als Drohung i. S. des § 114 StGBs. darstellen. Auch hierin ist ein Rechtsirrtum nicht zu finden. Zutreffend ist insbesondere, daß die „Drohung" im Sinn des § 114 StGB.s sich nicht unmittelbar gegen den zu Nötigenden zu richten brauche und daß es genüge, wenn das einem Dritten in Aussicht gestellte Uebel zugleich als ein solches gegen den zu Nötigenden erscheine. Die Strafkammer stellt nun fest, daß der Vertreter der bedrohten Behörde, der Amtsrichter, nicht nur aus dem allgemeinen Gefühl des Mitleides, sondern hauptsächlich wegen seiner eigenen Beziehung zu der Mordtat aufs schwerste gemütlich erschüttert worden wäre, wenn der Angeklagte seine Drohung (Tötung seiner Kinder)

ausgeführt hätte. In dieser tatsächlichen Feststellung ist ein Rechtsirrtum nicht zu erblicken.

Weiterhin stellt die Strafkammer fest, daß der Angeklagte mit dem Schlußsatz seiner Eingabe habe sagen wollen, er werde dafür sorgen, daß das unbillige Verfahren des Amtsgerichts und seine Folgen (die Ermordung schuldloser Kinder) auch unter die Leute komme, so daß die Behörde dem öffentlichen Tadel ausgesetzt sei; die Strafkammer verwirft die Erklärung, die der Angeklagte diesem Schlußsatz geben will, daß er nämlich nur eine Beschwerde an das Justizministerium habe in Aussicht stellen wollen. Diese Feststellungen bewegen sich auf rein tatsächlichem Gebiete und sind daher der Nachprüfung durch den Revisionsrichter entzogen. Daß dieser Schlußsatz der Eingabe bei der von der Strafkammer gegebenen Auslegung gleichfalls die Androhung eines Uebels enthält, wird von der Strafkammer mit Recht angenommen.

Endlich stellt das angefochtene Urteil fest, daß der Angeklagte durch die Eingabe das Amtsgericht zur Aufhebung des Pfändungsbeschlusses habe bewegen wollen und daß er sich dessen bewußt gewesen sei, daß er in beiden genannten Richtungen der Behörde mit einem Uebel drohe, dessen Inaussichtstellung die Behörde schrecken könne. Die Strafkammer entnimmt dies sowohl aus der Fassung der Eingabe wie daraus, daß der Angeklagte eingeräumt hat, er habe durch die Inaussichtstellung der in seinem Schriftstück angekündigten Handlungen auf die Entschließung der Behörde einwirken wollen und daß der Angeklagte eine solche Einwirkung nur als durch die Wirkung der Furcht vor einem vorgestellten Uebel ermöglicht habe unterstellen können. Die Strafkammer hält also insbesondere auch für erwiesen, daß der Angeklagte sich bewußt gewesen sei, er würde durch die Tötung seiner Kinder nicht bloß diesen, sondern auch dem Vertreter der Behörde ein Uebel zufügen. Nun könnte man zwar auch daran denken, der Angeklagte habe sich vorgestellt, er werde durch eine möglichst auffällige Darstellung seiner

Notlage das Mitleid der Behörde erregen und diese dadurch bestimmen, den Pfändungsbeschluß aufzuheben; oder auch der Angeklagte habe bezweckt, seine Notlage durch die schroffe Schilderung seiner verzweifelten Stimmung glaubhafter erscheinen zu lassen und dadurch das Amtsgericht um so eher zu überzeugen, daß er zur Bestreitung seines notdürftigen Unterhalts und zur Erfüllung der ihm seinen ehelichen Kindern und seiner Ehefrau gegenüber gesetzlich obliegenden Pflichten seines ungeschmälerten Arbeitslohnes bedürfe. Allein diese Erwägungen bewegen sich auf rein tatsächlichem Gebiet. Ein Rechtsirrtum ist in der Feststellung der Strafkammer, daß der Angeklagte bezweckt habe durch das Mittel der Furcht auf die Entschließung der Behörde einzuwirken, nicht zu erblicken.

Die Strafkammer ist hiernach auf Grund des von ihr als erwiesen erachteten Sachverhalts ohne rechtlichen Verstoß zu der Feststellung gelangt, daß der Angeklagte es unternommen hat, durch Drohung eine Behörde zur Vornahme einer Amtshandlung zu nötigen — Vergehen i. S. des § 114 StGBs.

Urt. v. 1. August 1905 in der Strafsache gegen M. U. wegen Vergehens gegen § 114 StGBs.

2.

Der Umfang der Armenrechtsbewilligung in Privatklagesachen.

Die Privatklägerin hatte gegen das die Angeklagte freisprechende Urteil des Schöffengerichts T. die Berufung eingelegt und zugleich um Bewilligung des Armenrechts unter Vorlegung eines gemeinderätlichen Zeugnisses nachgesucht. Die Strafkammer hat dieses Gesuch mit der Begründung verworfen, daß die das Armenrecht betreffenden Bestimmungen der CPO. nach § 419 Abs. 3 der StPO. nur gelten in Beziehung auf die dem Privatkläger unter Umständen ob-

liegende Pflicht zur Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten und im übrigen die Bewilligung des Armenrechts im Privatklageverfahren nicht zugelassen sei.

An dieser auch in früheren Beschlüssen des Strafsenats vertretenen Auffassung (vgl. Gerichtsbl. XXI S. 69, XVIII S. 23) kann jedoch nicht festgehalten werden, vielmehr ist davon auszugehen, daß im Privatklageverfahren für die Bewilligung des Armenrechts an den Privatkläger hinsichtlich der Voraussetzungen und Wirkungen ganz dieselben Bestimmungen Geltung haben, wie in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Diese Auffassung entspricht schon dem Wortlaut des Abs. 3 § 419 StPO., welcher ganz allgemein und ohne Einschränkung dahin geht, daß für die Höhe der vom Privatkläger zu leistenden Sicherheit und die Frist zur Leistung derselben sowie für die Bewilligung des Armenrechts die Vorschriften der CPO. Anwendung finden. Allerdings normiert der erste Absatz nur die Pflicht des Privatklägers zur Sicherheitsleistung für die der Staatskasse und dem Beschuldigten erwachsenden Kosten und bestimmt hiebei, daß diese Sicherheit unter denselben Voraussetzungen zu leisten sei, unter welchen nach der CPO. der Kläger auf Verlangen des Beklagten Sicherheit wegen der Prozeßkosten zu leisten hat. Auch erscheint es zunächst auffällig, daß die Zulässigkeit der Armenrechtsbewilligung im Privatklageverfahren hier rein nebensächlich und in einer Einschaltung unter den Normen betr. die Sicherheitsleistung für Prozeßkosten ausgesprochen wird. Allein eine zwingende Veranlassung, die Vorschrift des Abs. 3 auf die im ersten Absatz erwähnten Fälle zu beschränken und aus der äußerlichen Stellung des dritten Absatzes zu der im ersten Absatz ausgesprochenen Norm zu folgern, daß dem Privatkläger das Armenrecht nur in Beziehung auf die Pflicht zur Sicherheitsleistung gewährt sein soll, also in Konsequenz des § 110 der CPO. nur der Privatkläger, welcher Ausländer ist, Anspruch auf das Armenrecht erheben dürfe, kann nicht anerkannt werden. Aus der Entstehungsgeschichte des Abs. 3

§ 419 ergibt sich vielmehr das Gegenteil. Nach den Motiven (Hahn, Mat. zur StPO. Abt. I S. 272) macht der Entwurf von der Bestimmung der Sicherheitsleistung eine Ausnahme nur zu gunsten solcher Personen, welchen nach den Vorschriften des Entwurfs der CPO. das Armenrecht bewilligt wird, weil andernfalls unbemittelte Personen vom Recht der Privatklage von vorneherein ausgeschlossen sein würden und es ist außerdem Bezug genommen auf den Vorgang des § 279 der StPO. von Lübeck, dahin lautend: „der Privatkläger hat Sicherheit für die Kosten zu leisten, sofern er nicht zum Armenrecht zugelassen wird". Diese Ausführungen der Motive lassen einen zureichend sicheren Schluß auf die Absicht des Gesetzgebers zu, daß in Ansehung des Armenrechts der Privatkläger dem Kläger im Civilprozeß vollkommen gleichgestellt werden wollte und daß eben die Vorschriften der CPO. für die Erteilung des Armenrechts an den Privatkläger in gleichem Umfang und aus dem gleichen gesetzgeberischen Motiv, um nämlich zu verhindern, daß unbemittelte Personen vom Recht der Privatklage keinen oder einen beschränkteren Gebrauch machen könnten, zur Anwendung kommen sollen. In der Kommissionsberatung ist die jetzige Fassung des Abs. 3 § 419 entsprechend einem Antrag des Abgeordneten Struckmann beschlossen worden, welcher zur Begründung der beantragten Fassung ausdrücklich anführte, es werde damit die Uebereinstimmung mit den korrespondierenden Vorschriften der CPO. erstrebt, was keiner näheren Rechtfertigung bedürfe, (Hahn, Mat. zur StPO. Abt. II S. 1418) — eine weitere Bestätigung dafür, daß nach Ansicht des Gesetzgebers die sämtlichen Vorschriften der CPO., soweit die Bewilligung des Armenrechts an den Privatkläger in Frage kommt, also die §§ 114—127, auch für das Privatklageverfahren entsprechende Anwendung finden und daß in diesem Teil alle Fälle der Privatklage den bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gleich zu behandeln sind, also das Armenrecht nicht, wie der angefochtene Beschluß annimmt, lediglich in der Beschränkung

auf die Sicherheitsleistung wegen der Kosten zu gewähren ist.

Diese Auffassung findet nicht nur in der Literatur ihre Vertretung, vgl. Löwe (1904) zu § 419 Note 3, Stenglein das. Note 3, Keller das. Note 7, Beunecke, Lehrbuch des Strafprozesses S. 639 Bem. 30, sondern auch in der Rechtsprechung, vorab in derjenigen des Reichsgerichts, wie aus den in dessen Entscheidungen Bd. 32 S. 252, Bd. 30 S. 143, Bd. 26 S. 97, Bd. 25 S. 360, Juristische Wochenschrift von 1900 S. 122 abgedruckten Urteilen unzweifelhaft zu erkennen ist; sie wird ferner geteilt vom Oberlandesgericht München, vgl. Sammlung seiner Entscheidungen Bd. II S. 268, VI 709, IX 280, ebenso neuerdings abweichend von früher vom Oberlandesgericht Dresden, vgl. Annalen Bd. 18 S. 385.

Hienach ist, was die vom Vorrichter verneinte Zulässigkeit des gestellten Antrags betrifft, die erhobene Beschwerde begründet. Der Beschwerdeführer hat weiterhin ein den Bestimmungen in § 118 CPO. entsprechendes Armutszeugnis vorgelegt und da nach Lage der Akten die beabsichtigte weitere Rechtsverfolgung nicht als mutwillig, ebenso nicht als aussichtslos erscheint, war auch in der Sache selbst dem Rechtsmittel der Erfolg nicht zu versagen. Die Kosten dieses Beschwerdeverfahrens sind als ein Teil der in der Berufungsinstanz erwachsenden Kosten anzusehen und bleibt die Entscheidung über sie dem Berufungsurteil vorbehalten.

Beschluß des Straffenats vom 18. Dezember 1905 in der Beschwerdesache A. gegen Z.

3.

Steht der Staatsanwaltschaft ein Beschwerderecht gegen die Ablehnung eines Antrags auf Verhängung einer Ungebührstrafe zu?

Diese Frage ist vom Straffenat verneint worden.

Die Strafkammer hatte auf Antrag der K. Staatsanwaltschaft gegen Dr. F. wegen einer gegenüber dieser be-

gangenen Ungebühr durch Beschluß vom 13. Oktober 1904 auf Grund von Art. 33 Abs. 2 der württ. AG. zum GVG. eine Ordnungsstrafe von 50 Mk. verhängt. Dieser Beschluß ist rechtskräftig geworden, dagegen sind alle Versuche, die ausgesprochene Geldstrafe beizutreiben, mißlungen. Die Staatsanwaltschaft hat hierauf beantragt, die Geldstrafe in Haft umzuwandeln. Die Strafkammer jedoch beschloß, die erkannte Geldstrafe in Haft nicht umzuwandeln. Gegen diesen Beschluß hat die Staatsanwaltschaft Beschwerde erhoben. Diese konnte nicht für zulässig erachtet werden.

Der Art. 33 des württ. AG. zum GVG. (vergl. Art. 271 III des AG. zum BGB.), auf Grund dessen die Strafverfügung erlassen wurde, läßt in Abs. 3 eine (sofortige) Beschwerde nur „gegen die Strafverfügung" zu. Dagegen enthält der Art. 33 keine Bestimmung, wonach eine Beschwerde gegen die Ablehnung einer Strafverfügung gegeben wäre. Insbesondere ist die Staatsanwaltschaft, falls auf ihr „Anrufen" (Art. 33 Abs. 2) die Erlassung der beantragten Strafverfügung abgelehnt wird, in Art. 33 eine Beschwerderecht nicht eingeräumt. Der Art. 33 aber regelt in Abs. 3 und 4 das Beschwerderecht in ausschließlicher Weise (ebenso wie der entsprechende § 183 der GVG., vgl. Deutsche Juristenzeitung von 1905 S. 1071). Die Beschwerde kann namentlich nicht auf § 346 der StPO. gestützt werden: die Bestimmungen der StPO. sollen nach Abs. 3 des Art. 33 nur insoweit Anwendung finden, als sie die sofortige Beschwerde betreffen. Hiedurch ist die Anwendung der die einfache Beschwerde betreffenden Vorschriften der StPO., insbes. des § 346 daselbst ausgeschlossen. Auf welche sonstigen Bestimmungen ein Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft gestützt werden könnte, ist nicht ersichtlich. Auch von einem Eingreifen des Oberlandesgerichts im Weg der Dienstaufsicht kann keine Rede sein.

Steht hienach der Staatsanwaltschaft eine Beschwerde wegen Ablehnung eines Antrags auf Verhängung einer Ordnungsstrafe wegen Ungebühr überhaupt nicht zu, so kann ihr ein Beschwerderecht auch dann nicht zugestanden werden,

wenn ihr Antrag auf Verhängung einer eventuellen Ordnungsstrafe abgelehnt wird. Die Beschwerde der Staatsanwaltschaft war daher als unzulässig zu verwerfen.

Beschluß des Straffen. v. 22. November 1905 in der Beschwerdesache der Staatsanwaltschaft wider Dr. F. wegen Ungebühr.

4.

Der Begriff des „gefährlichen Werkzeugs" im Sinn des § 223a StGB.

Vom Berufungsgericht war der Angeklagte wegen der mit einem Meerrohrstock verübten Mißhandlung seiner fünfzehn Jahre alten Tochter aus § 223a StGB. zu Strafe verurteilt worden.

Aus den Gründen: Die Strafkammer läßt es dahingestellt, ob sich der Meerrohrstock an und für sich als ein gefährliches Werkzeug im Sinn des § 223a des StGB. darstelle, jedenfalls sei er es in der Hand des Angeklagten während der Züchtigung gewesen, da diese nicht etwa auf den Rücken und das Gesäß des Mädchens beschränkt gewesen sei, sondern sich auch auf den Kopf und das Gesicht erstreckt habe, wo an Augen, Ohren, Nase, Lippen und Schläfen gefährliche Verletzungen hätten verursacht werden können. Die Strafkammer hat den Angeklagten unter der weiteren Feststellung, daß er die Grenzen einer vernünftigen väterlichen Zucht mit der geschilderten Mißhandlung vorsätzlich überschritten habe, eines Vergehens der Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs (§ 223a des StGB.) für schuldig erklärt. Die von der Verteidigung hiegegen eingelegte Revision rügt die Verkennung des Rechtsbegriffs des gefährlichen Werkzeugs, für welchen lediglich die objektive Beschaffenheit des Werkzeugs, nicht etwa daneben noch die Art seiner Benützung entscheidend sei.

Hinsichtlich des Begriffs des gefährlichen Werkzeugs im

Sinn des § 223a des StGB. stehen sich 2 Ansichten gegenüber: die eine Ansicht legt ausschließlich Gewicht auf die objektive Beschaffenheit des zur Tat verwendeten Werkzeugs.

Vgl. Rechtspr. des RG. 2. 496; 1. 442; Olshausen, Komm. § 223a Nr. 4 Abs. 3; v. Buri, Gerichtssaal 34. 343 ff.; Hälschner, Strafrecht II S. 95; Württ. Jahrb. 1 S. 71.

Nach der andern Ansicht wird auch die Art und Weise in Betracht gezogen, wie das Werkzeug im Einzelfall gebraucht wird.

Vgl. Rechtspr. des RG. 1. 781; RG.-Entsch. 4. 397 und Urt. des RG. vom 7. Juni 1894 in Gottdammers Arch. 42 S. 437; Frank, Lehrbuch § 223a II 1; Binding, Lehrbuch des Strafrechts I S. 48; v. Liszt, Lehrbuch des Strafrechts S. 318; H. Meyer Lehrbuch des Strafrechts S. 473 Nr. 8.

Der Strafsenat hat sich dieser letzteren Ansicht angeschlossen. Die Entstehungsgeschichte des § 223a des StGB. steht dieser Ansicht nicht entgegen:

Das frühere preußische Strafgesetzbuch kannte seit seiner Revision im Jahr 1856 drei Arten von Körperverletzung: eine leichte und eine schwere (entsprechend den §§ 223, 224, 226 des StGB.) und als Mittelstufe eine erhebliche Körperverletzung mit folgender Strafbestimmung:

> hat eine vorsätzliche Mißhandlung oder Körperverletzung erhebliche Nachteile für die Gesundheit oder die Gliedmaßen des Verletzten oder eine länger andauernde Arbeitsunfähigkeit zur Folge gehabt, so tritt Gefängnis nicht unter 6 Monaten ein.

Da diese Bestimmung in der Praxis zu Zweifeln Anlaß gab, wurde sie in das norddeutsche (und deutsche) StGB. nicht aufgenommen, es wurde vielmehr dort bis zur Novelle vom 26. Februar 1876, betr. die Abänderung von Bestimmungen des StGB., lediglich zwischen leichter und schwerer Körperverletzung (§ 223, 224, 226) unterschieden. Wie nun die Motive zu der Novelle vom 26. Februar 1876 (vgl. Aktenstücke des Reichstags 1875/76 on. 54) hervorheben, ist

Klage darüber geführt worden, einerseits, daß die Strafbestimmungen des § 223 für manche Fälle brutaler und lebensgefährlicher Angriffe und Verletzungen der erforderlichen Energie entbehren, andererseits, daß durch das — für sämtliche leichte Körperverletzungen gegebene — Erfordernis des Strafantrags die Strafjustiz allzusehr gehemmt werde.

Zur Beseitigung dieser Mißstände knüpfte der Entwurf zu der Novelle vom 26. Februar 1876 nicht an die erwähnte Bestimmung des preuß. StGB. an, sondern er wollte das Erfordernis des Strafantrags für sämtliche vorsätzliche Körperverletzungen beseitigen und ferner eine Erhöhung des Strafmaßes für solche Körperverletzungen einführen, die zwar dem Gesetze gegenüber leichte sind, sich aber durch Roheit und Rücksichtslosigkeit auszeichnen. Als das erschwerende Moment sollten aber nicht die Folgen der Mißhandlung erscheinen, sondern das Mittel, dessen sich der Täter bedient hat, um dadurch insbes. dem Unfug der Angriffe mit dem blanken Messer wirksam entgegenzutreten. Demgemäß schlug der Entwurf als Abs. 3 zu § 223 des StGB. vor:

> hat der Täter die Körperverletzung mittels einer Schuß-, Stich- oder Hiebwaffe, insbes. eines Messers oder mittels heimtückischen Ueberfalls oder mittels einer das Leben des Verletzten gefährdenden Behandlung begangen, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter 3 Monaten ein.

Die Reichstagskommission trat jedoch dem Entwurf nicht bei, sondern beschloß den § 223a in der nunmehr zum Gesetz gewordenen Fassung in das Gesetz einzufügen. In der Sitzung des Reichstags vom 30. Januar 1876 (vgl. Stenogr. Berichte des Reichstags 1875/76 S. 801 ff.) erklärte der Berichterstatter der Kommission, von Schwarze: Die Kommission habe beschlossen, die im preuß. StGB. vorhanden gewesene Dreiteilung der Körperverletzungen wiederherzustellen und die Verfolgung leichter Körperverletzungen nach wie vor von einem Strafantrag des Verletzten abhängen zu lassen. Es werde vorgeschlagen, als zweite Klasse der Körperverletzungen in § 223a die sogenannten gefährlichen Körper-

verletzungen zu vereinigen. So sei geboten, in dieser Mittelkategorie die Fälle — übereinstimmend mit dem Entwurf — dergestalt zu formulieren, daß ein bestimmtes, objektives klares Moment geschaffen werde für den Richter und für den Arzt, daß man namentlich vermeide, die Entscheidung darauf zu setzen, wie etwa später im Verlauf der Zeit die betreffende Verletzung sich erweitere oder wieder vermindere. Das erschwerende Moment sei so zu fixieren, daß es in der Begehungsart der Tat liege, nicht in den Folgen. Es seien deshalb sowohl im Regierungsentwurf als in dem § 223a der Kommission Fälle vorgeführt, in denen lediglich die Begehungsart entscheide, nicht der Erfolg.

Sodann führte der Berichterstatter aus, daß man nach einstimmiger Ansicht der Kommission unter „Waffe" nicht bloß diejenigen Gegenstände zu verstehen habe, die man im gewöhnlichen Leben als Hieb-, Stich-, Stoß- und Schußwaffen bezeichnet, sondern daß jeder Gegenstand hierunter begriffen sei, mittelst dessen durch mechanische Einwirkung auf den Körper eines andern eine Verletzung desselben herbeigeführt werden könne, dergestalt also, daß jedes solche Werkzeug als Waffe zu bezeichnen sei, wenn der Täter entweder in der Absicht, es zu gebrauchen, mitgenommen, sich damit versehen oder aber ohne solche Absicht es im Augenblick gebraucht habe. Die Praxis habe nie daran gezweifelt, daß z. B. bei den gewöhnlichen Schlägereien ein Stuhlbein, eine Bierflasche und ähnliche Gegenstände als Waffen dann anzusehen seien, wenn von ihnen in der Absicht Gebrauch gemacht worden sei, den Körper eines andern zu beschädigen. Dieser Ansicht habe auch der Reichstag bei Beratung des § 367 Z. 10 des StGB. seine Zustimmung gegeben. Damals sei ausdrücklich hervorgehoben worden, daß unter gefährlichen Instrumenten z. B. Stuhlbeine, Knüppel, schwere Hausschlüssel, Schlagringe mitbegriffen seien. Dessen ungeachtet erscheine es als angemessen, die Waffe zu exemplifizieren und, da man die Erfahrung gemacht habe, daß gerade Messeraffären eine bedeutende Rolle in der Praxis spielen, Messer

und andere gefährliche Werkzeuge ausdrücklich hervorzuheben. Diesen Ausführungen des Berichterstatters wurde von keiner Seite widersprochen und es wurde der § 223a in der Fassung der Kommission Gesetz.

Aus dieser Entstehungsgeschichte des § 223a ergibt sich zunächst, daß Entwurf und Motive für die Auslegung des Begriffs „gefährliches Werkzeug" nicht direkt in Betracht kommen, da eine Körperverletzung mittels gefährlichen Werkzeugs dem Entwurf fremd war. Die Ausführungen des Berichterstatters aber ergeben keinerlei Stütze für die Ansicht, daß es für den Begriff des gefährlichen Werkzeugs ausschließlich auf dessen objektive Beschaffenheit ankomme. Im Gegenteil deutet die Aeußerung des Berichterstatters, daß das erschwerende Moment in der Begehungsart der Tat liege, viel eher darauf hin, daß er nicht nur die objektive Beschaffenheit des Werkzeugs, sondern auch die Art und Weise der Begehung, also des Gebrauchs des Werkzeugs in Betracht gezogen wissen wollte. Sodann aber hat der Berichterstatter erklärt, daß unter den Werkzeugen, mit denen eine Körperverletzung nach § 223a begangen werden könne, jeder Gegenstand begriffen sei, mittelst dessen durch mechanische Einwirkung auf den Körper eines andern eine Verletzung hervorgerufen werden könne. Der Berichterstatter findet also das erschwerende Moment, das die leichte von der gefährlichen Körperverletzung unterscheidet, nicht in gewissen Eigenschaften des angewendeten Werkzeugs, sondern er erklärt jedes Werkzeug ohne Unterschied zur Begehung einer Körperverletzung nach § 223a als geeignet. Das erschwerende Moment ist also anderweitig zu suchen. Hiebei ist von dem Wortlaut des Gesetzes auszugehen. Das Strafgesetz spricht in § 223a von einem „gefährlichen" Werkzeug, also von einem Werkzeug, das eine Gefahr mit sich bringt. Eine Gefahr für das Leben wird nicht vorausgesetzt, weil die Körperverletzung „mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung" besonders geregelt ist; vielmehr handelt es sich um die Gefahr einer Verletzung des Körpers und zwar — da die leichte Körper-

verletzung ebenfalls besonders geregelt ist — um die Gefahr einer erheblichen Verletzung des Körpers. Ein gefährliches Werkzeug ist hienach ein solches, das die Gefahr einer erheblichen Körperverletzung mit sich bringt (wobei als Maßstab für den Grad der Erheblichkeit die Zusammenstellung mit dem Messer nicht außer acht zu lassen ist). Nun ist aber nicht zu bezweifeln, daß die Gefahr einer (erheblichen) Körperverletzung von einem Werkzeug nur droht, wenn es von einem Täter gebraucht wird, nicht wenn es sich in der Ruhe befindet. Weiter ist sicher, daß es sich lediglich nach der Art und Weise des Gebrauchs entscheidet, ob ein Werkzeug im erwähnten Sinn gefährlich ist oder nicht. Auch eine Körperverletzung mit dem schärfsten Messer kann keinerlei Gefahr einer erheblichen Verletzung hervorrufen, wenn der Täter mit Vorsicht verfährt, während umgekehrt diese Gefahr hervorgerufen wird, wenn mit sonst unbedenklichen Werkzeugen gegen leicht verwundbare Körperteile vorgegangen wird. Hieraus ergibt sich, daß bei der Frage, ob ein Werkzeug ein solches ist, das die Gefahr einer erheblichen Körperverletzung mit sich bringt, von der Art und Weise des Gebrauchs nicht abgesehen werden kann. Ein gefährliches Werkzeug ist hienach ein solches, das nicht nur nach seiner Beschaffenheit, sondern auch nach der Art des Gebrauchs im Einzelfall die Gefahr, d. h. die Wahrscheinlichkeit einer erheblichen Körperverletzung hervorruft.

Die hier abgelehnte, von der Revision vertretene Ansicht geht davon aus, es komme nicht darauf an, wie die Wirkung eines Werkzeugs auf den menschlichen Körper im Einzelfall sei, sondern ob das Werkzeug nach seiner gewöhnlichen regelmäßigen Wirkung geeignet sei, erhebliche Körperverletzungen hervorzurufen. Es handelt sich jedoch bei den gefährlichen Werkzeugen des § 223 a vielfach nicht um Gegenstände, die zur Hervorrufung von Körperverletzungen bestimmt sind, sondern um beliebige sonstige Gegenstände, die zu Körperverletzungen nicht verwendet zu werden pflegen und bei denen

es, ohne daß eine bestimmte Art des Gebrauchs vorausgesetzt wird, nicht möglich ist zu entscheiden, welches die gewöhnliche, regelmäßige Wirkung auf den menschlichen Körper ist. Ueberdies aber führt diese Ansicht zu unannehmbaren Konsequenzen. Nach derselben muß aus § 223 a auch derjenige bestraft werden, der im Einzelfall das Werkzeug in einer Weise gebraucht hat, daß erhebliche Körperverletzung ausgeschlossen waren, wenn nur eine erhebliche Körperverletzung von dem betr. Werkzeug in der Regel zu erwarten war. So müßte — da auf die Art und Weise des Gebrauchs im Einzelfall nichts ankommen soll — unter Umständen wegen gefährlicher Körperverletzung bestraft werden, wer mit dem dünnen Teil eines oben dicken Stocks, mit dem Heft eines geöffneten Taschenmessers an einem gänzlich ungefährlichen Körperteil einen andern mißhandelt. Alles dies würde dem Zweck des § 223 a, nur die rohen und rücksichtslosen Körperverletzungen härter zu bestrafen als die leichten, entschieden widersprechen. Werden aber diese Konsequenzen (wie z. B. von Olshausen § 223 a No. 5 Abs. 2) abgelehnt, so ist damit zugleich anerkannt, daß die Art des Gebrauchs des Werkzeugs im Einzelfall nicht außer acht zu lassen ist.

Soviel ist allerdings — wie aus der Entstehungsgeschichte des § 223 a hervorgeht — sicher, daß bei der Frage, ob ein gefährliches Werkzeug vorliegt, die jeweils entstehenden Folgen der Tat völlig außer Betracht zu lassen sind. Allein auch nach der hier vertretenen Ansicht kommt es auf die Folgen gar nicht an; entscheidend ist lediglich, ob im Hinblick auf die Beschaffenheit und die Art der Verwendung des Werkzeugs zur Zeit der Begehung der Tat die Gefahr einer erheblichen Verletzung vorgelegen hat; genau ebenso wie bei einer Körperverletzung mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung die Folgen der Tat unerheblich sind und es nur darauf ankommt, ob eine Gefahr für das Leben bestanden hat.

Die Ausführungen der Strafkammer lassen einen Rechts-

irrtum hinsichtlich des oben entwickelten Begriffs des gefährlichen Werkzeugs nicht erkennen.

Urteil des Straffenats vom 18. Dezember 1905 in der Strafsache gegen D. wegen Körperverletzung.

5.

Kann ein Wagen als gefährliches Werkzeug im Sinn des § 223a StGB. gelten?

Das angefochtene Urteil hat festgestellt, daß der Bauer H. einen sog. Schmierbock von der hinteren Seite seines Mistwagens, eines sog. Truhenwagens, unter den letzteren schieben wollte, daß in diesem Augenblick der Angeklagte die zuvor von H. zugedrehte Bremse des Wagens aufdrehte, daß der Wagen dadurch nach rückwärts rollte, den H. erfaßte und zu Boden warf, so daß H. mehrere Verletzungen an seinem Körper, mit der Folge einer mehrtägigen Arbeitsunfähigkeit davontrug. Weiterhin hat das Urteil — unter Verwerfung des Schutzvorbringens des Angeklagten, er habe den H. erst erblickt, als derselbe am Boden gelegen sei, H. habe sich von selbst zu Boden geworfen, um den Anschein einer Verletzung zu erwecken und Schadensersatz fordern zu können, — als erwiesen angenommen, der Angeklagte habe, als er an den H.schen Wagen hinkam, den hinter demselben stehenden H. gesehen und diese Gelegenheit benützt, um dem H., mit dem er seit längerer Zeit verfeindet ist, durch Aufdrehen der Bremse einen Streich zu spielen. Endlich hat die Strafkammer festgestellt, der Angeklagte habe vorausgesehen, daß der Wagen, sobald er die Bremse aufdrehe, den H. erfassen und so verletzen werde. Aus diesen tatsächlichen Feststellungen zieht sodann das Urteil den Schluß, der Angeklagte habe, indem er trotzdem die Bremse auf die Gefahr hin den H. zu verletzen, aufgedreht habe, den von ihm vorausgesehenen Erfolg seines Tuns, die Verletzung des H. im voraus gebilligt, dessen Verletzung somit gewollt. Hierin ist ein Rechtsirrtum

nicht zu erblicken. Nachdem in den Urteilsgründen nicht nur erörtert und festgestellt wurde, daß die Handlung des Angeklagten — das Aufdrehen der Bremse — den Wagen des H. ins Rollen gebracht und daß durch den Wagen H. zu Boden geworfen und am Körper verletzt worden sei, sondern auch daß der Angeklagte diesen Erfolg seiner Handlung vorausgesehen habe, konnte der Vorderrichter auf Grund dieser tatsächlichen, der Nachprüfung des Revisionsgerichts entzogenen Feststellungen annehmen, daß der Angeklagte mit bewußtem Willen handelnd alle Merkmale des Vergehens der Körperverletzung verwirklicht habe.

Rechtlich bedenkenfrei ist sodann die Annahme der Strafkammer, daß der Wagen, von dem H. erfaßt und zu Boden geworfen wurde, ein gefährliches Werkzeug im Sinn des § 223 a StGBs. sei. Denn jeder in Uebereinstimmung mit dem Willen des Täters die Körperverletzung bewirkende bewegliche Gegenstand bildet das Mittel der Verletzung, gleichviel ob der Täter direkt den zu Verletzenden mit dem Gegenstand verletzt oder den Gegenstand nur derart in Bewegung setzt, daß der zu verletzende Mensch von dem Gegenstand ergriffen und verletzt wird, in beiden Fällen ist mittels des Gegenstands die Verletzung herbeigeführt, vgl. Entsch. des RG. in Straff. Bd. 24 S. 373. Unbedenklich konnte sodann angenommen werden, daß der Wagen nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Akt seiner Benützung geeignet war, erheblichere Verletzungen zuzufügen. Es ist daher nicht erfindlich, daß gegen die §§ 223, 223 a des StGBs. verstoßen sein sollte.

Urteil des Straffenats vom 6. November 1905 in der Strafsache gegen W. K. wegen Körperverletzung.

6.

Die Zulässigkeit eines Diebstahlsbezichts vor Hausgenossen!

Nach den tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen

Urteils war der Privatkläger bei dem eine Bäckerei betreibenden Angeklagten als Geselle bedienstet. Der Angeklagte hatte ihn und einen Nebengesellen Namens S. im Verdacht, daß sie ihn bestohlen haben. Eines Tags wurde dem Gesellen G. des Angeklagten aus dem Zimmer, das er bei diesem inne hatte, ein Portemonnaie mit Geld und eine Uhr gestohlen. Infolgedessen stellte ein Fahnder Nachforschungen im Hause an und fragte auch den Angeklagten, auf wen er Verdacht habe. Der Angeklagte erklärte, wenn ihm die Sachen weggekommen wären, dann hätte er nur auf den Privatkläger oder S. Verdacht. Unmittelbar, nachdem der Fahnder sich entfernt hatte, besprach der Angeklagte in seiner Ladenstube mit seiner Frau den Diebstahl. Auch hier äußerte er wieder, wenn ihm die Sachen gestohlen worden wären, dann hätte er nur auf den Privatkläger oder S. Verdacht. Diese Aeußerung hörte der, bei dem Angeklagten die Konditorei erlernende Zeuge J., der gerade in der Ladenstube zu Mittag aß, mit an. — Das Urteil gibt der genannten Aeußerung die, dem tatsächlichen Gebiete angehörende Auslegung, daß der Angeklagte damit — und zwar in beiden Fällen — habe sagen wollen, er habe Verdacht auf den Privatkläger und S., daß sie ihn bestohlen haben, er halte die beiden für fähig, ihn gelegentlich wieder zu bestehlen, und er habe deshalb den Privatkläger und den S. auch im Verdacht oder traue es ihnen zum mindesten zu, daß sie auch den G. bestohlen haben.

Das Urteil hat beide Aeußerungen unter den Schutz des § 193 StGB. gestellt, hiegegen richtet sich der Angriff der Revision. Was zunächst die Aeußerung des Angeklagten dem Fahnder gegenüber betrifft, so kann keinem Bedenken unterliegen, daß der Angeklagte berechtigt war, dem nachforschenden Polizeibeamten seine Ansicht und seinen Verdacht hinsichtlich der Person des Täters des in Frage stehenden Diebstahls auszusprechen und zu begründen. Wenn und soweit dies geschah, handelte der Angeklagte in Wahrung des allgemein jeden Staatsbürger und speziell ihn als Hausherrn berührenden Interesses an Aufrechthaltung der Rechtsord-

nung durch Entdeckung und Bestrafung des Diebes. Weiter ist der Angeklagte nicht gegangen, insbesondere ist eine Ueberschreitung der für die berechtigten Interessenwahrung gezogenen Grenzen in der Form der Aeußerung, wie die Revision sie behauptet, nirgends ersichtlich. Die Aeußerung ist vielmehr lediglich der entsprechende Ausdruck für den erlaubten Inhalt, für das, was der Angeklagte aussprechen wollte und dem Polizeibeamten gegenüber aussprechen durfte. Ein Rechtsirrtum ist hier also nirgends ersichtlich.

Aber auch hinsichtlich der zweiten Aeußerung ist der Angriff der Revision verfehlt. Das Urteil sagt in Bezug auf diese zweite Aeußerung: Der Angeklagte habe die Bemerkung in unmittelbarem Anschluß an seine Vernehmung durch den Fahnder anläßlich einer vertraulichen Aussprache mit seiner Ehefrau getan, ihm, als dem Meister, müsse wenn in seinen Räumen ein Diebstahl zum Nachteil eines Mitbewohners vorgekommen sei, die Berechtigung zustehen, in vertraulicher Weise mit seiner Ehefrau und einer bei ihm im Dienste stehenden, in seiner häuslichen Gemeinschaft befindlichen Person diesen Diebstahl zu besprechen, und seinen Verdacht auf eine bestimmte Person, bei welcher er Anlaß zum Verdacht zu haben glaubte, zu äußern. Auch hier sei anzunehmen, daß die Wahrnehmung berechtigter Interessen durch die Aeußerung erfolgt sei, und daß der Angeklagte nur die Wahrung berechtigter Interessen gewollt habe. Eventuell handle es sich unter den gegebenen Umständen jedenfalls um einen der Wahrnehmung berechtigter Interessen ähnlichen Fall.

Aus diesen Ausführungen ist eine rechtsirrige Anwendung des § 193 StGB. nicht abzuleiten. Jeder Familienvater und Haushaltungsvorstand hat, wenn ein Diebstahl in seinem Hause vorkommt, ein selbstverständliches und berechtigtes Interesse daran, daß der Dieb entdeckt und daß Eigentum und Sicherheit seiner Hausgenossen nicht weiter gefährdet werde. Zur Verfolgung dieses Interesses kann aber eine Aussprache mit Angehörigen, Gesinde und sonstigen Teilnehmern am Hausstand wohl geeignet sein, insbesondere kann eine Aeußerung

über den mutmaßlichen Täter diesem berechtigten Zweck dienen. Hienach muß dem Hausvater die Befugnis zuerkannt werden, im engeren Kreise seiner Familienmitglieder und sonst mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebenden Personen sich über diesen Punkt zu äußern und es fällt eine solche Aeußerung unter den Schutz des § 193 StGB., wenn sie wirklich jenem erlaubten Zweck dient und nicht etwa eine andere rechtswidrige Absicht verfolgt. In dieser Beziehung aber hat das Urteil ausdrücklich festgestellt, daß die Aeußerung nur zur Wahrnehmung berechtigter Interessen getan sei, daß der Angeklagte nur die Wahrung berechtigter Interessen gewollt habe.

Urteil vom 10. April 1905 in der Privatklagesache gegen Schw. in St. wegen Beleidigung.

III.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

1.

Ist eine Umsatzsteuer oder eine Schenkungssteuer zulässig bei der Schenkung eines mit einer Hypothek belasteten Grundstücks seitens eines Vaters an eine von zwei Söhnen gebildete offene Handelsgesellschaft?

Die Urteilsgründe lauten:

I. Durch notariellen Vertrag vom 20. Januar 1906 hat der Fabrikant M. L. in St. sein Anwesen ꝛc. in Wohn- und Fabrikgebäude bestehend, nebst einigen andern Parzellen „der von seinen beiden Söhnen E. und L. L. unter der Firma M. L., Bettfedernfabrik, begründeten offenen Handelsgesellschaft" geschenkt, wobei der Wert der geschenkten Grundstücke zu 141 000 Mk. angegeben wurde. Nach § 2 des Vertrags haben E. und L. L. diese Schenkung namens ihrer Firma angenommen und sich verpflichtet, die auf den geschenkten Grundstücken haftende Hypothek für eine Darlehensforderung von 76500 Mk. nebst Zinsen zu übernehmen, auch sich namens der Firma an Stelle des Schenkers dem Hypothekengläubiger gegenüber als persönliche Schuldner mit der Verpflichtung haftbar gemacht, auf dessen Verlangen eine neue persönliche Schuldverschreibung in vollstreckbarer Form auszustellen.

Das Hauptsteueramt hat aus dem Wert der Hypothek von 76500 Mk. eine Umsatzsteuer in Höhe von 1530 Mk.

(918 Mk. für den Staat und 612 Mk. für die Gemeinde) angesetzt, da wegen des Eintritts der Erwerber in diese Hypothek als Schuldner insoweit keine Schenkung vorliege. Die hiegegen erhobene Beschwerde wurde von dem Steuerkollegium, Abteilung für direkte Steuern, als unbegründet abgewiesen, unter gleichzeitigem Ansatz einer 8 %igen Schenkungssteuer von 5160 Mk. aus dem den Betrag der Hypothek übersteigenden Wert der geschenkten Grundstücke mit 64500 Mk. (141000 Mk. abzüglich 76500 Mk.), indem es gleichfalls insoweit ein entgeltliches Rechtsgeschäft annahm, als der Beschenkte sich nach § 2 des Vertrags zur Uebernahme der Hypothekenschuld verpflichtet hat, und indem es weiter davon ausging, daß nach dem Wortlaut des Vertrags die Schenkung nicht an die beiden Söhne des Schenkers, sondern an die zu diesem in keinem Verwandtschaftsverhältnis stehende offene Handelsgesellschaft M. L. geschehen sei.

Die hiegegen erhobene weitere Beschwerde hat das K. Finanzministerium durch Entscheidung vom 14. Mai 1906 als unbegründet abgewiesen. Der Vertreter der Firma M. L. hat hiegegen rechtzeitig die Rechtsbeschwerde bei dem Verwaltungsgerichtshof eingelegt, mit dem Antrag auf mündliche Verhandlung.

In der mündlichen Verhandlung hat der allein erschienene Bevollmächtigte der Beschwerdeführerin den Antrag gestellt, den Ansatz der Umsatz- und Schenkungssteuer aufzuheben, und diesen Antrag übereinstimmend mit den eingereichten Schriftsätzen begründet.

II. Die Beschwerde ist für begründet anzusehen.

Was zunächst den Ansatz einer Umsatzsteuer aus dem Betrag der übernommenen Hypothekenschuld betrifft, so sind zwar die Grundstücke der Firma M. L. nicht, wie in der Beschwerde gesagt ist, lediglich so, wie sie sind, also mit den darauf ruhenden Lasten und Verbindlichkeiten geschenkt worden, so daß schon im Hinblick auf Art. 32 vergl. mit Art. 10 Abs. 1 des Erbschafts- und Schenkungssteuergesetzes, wonach bei dem Ansatz einer Schenkungssteuer der Wert solcher auf

dem geschenkten Gegenstand haftenden Lasten und Verbindlichkeiten von dem Wert des geschenkten Gegenstands abzuziehen ist, von einer Umsatzsteuer neben der Schenkungssteuer abzusehen wäre. Vielmehr haben sich die Söhne des Schenkers namens der beschenkten Firma ausdrücklich dem Schenker gegenüber verpflichtet, die auf den geschenkten Grundstücken haftenden Hypotheken zu übernehmen und dem Hypothekengläubiger für die unterliegende Darlehensforderung die Firma an Stelle des Schenkers haftbar zu machen. Aber auch durch diese Schuldübernahme ist die einheitliche Natur des beabsichtigten Schenkungsgeschäfts nicht gestört worden, sondern es ist darin nur die Nebenberedung einer von dem Beschenkten zu gunsten des Schenkers zu machenden Leistung oder mit anderen Worten die Auflage einer Leistung des Beschenkten zu erblicken, welche Auflage, wie das Reichsgericht in einem gleichliegenden Falle Entscheidungen Band 60 S. 238 ff. ausgeführt hat, das Geschäft nicht teilweise zu einem entgeltlichen macht, und nach der Vorschrift des Erbschafts- und Schenkungssteuergesetzes (Art. 10 Abs. 2, Art. 26 Abs. 3) bei der Berechnung der Schenkungssteuer außer Betracht bleibt, ohne einer besonderen Besteuerung zu unterliegen.

Daß es aber dem Schenker in Wirklichkeit nicht um die unentgeltliche Uebereignung seiner Liegenschaft an die von seinen Söhnen begründete Gesellschaft, sondern um die Befreiung von seiner persönlichen Haftung für die darauf ruhende Hypothekenschuld, um eine Leistung gegen solche Gegenleistung, zu tun gewesen sei, dafür ist in den vorliegenden tatsächlichen Umständen ein Anhalt nicht gegeben.

Der Ansatz einer Umsatzsteuer erscheint darum nicht begründet.

Aber auch der Ansatz einer Schenkungssteuer aus dem den Betrag der Hypothekenschuld übersteigenden Wert der Liegenschaft ist nicht zu rechtfertigen.

Nach dem Inhalt des Schenkungsvertrags ist zwar davon auszugehen, daß nicht die beiden Söhne des Schenkers beschenkt werden wollten, sondern die von den Söhnen ge-

gründete offene Handelsgesellschaft M. L. Dies wird darin seinen Grund gehabt haben, daß die Liegenschaft, aus Wohn- und Fabrikgebäude bestehend, den Zwecken der Gesellschaft, der Bettfedernfabrik, dienen und daher Gesellschaftsvermögen, unter Ausschluß einseitiger Verfügungen der Söhne darüber, werden sollte. Gleichwohl müssen in steuerlicher Betrachtung die beiden Söhne als die Beschenkten angesehen werden. Denn die offene Handelsgesellschaft besitzt keine selbständige Rechtspersönlichkeit, ist keine juristische Person, sie hat keine eigene Vermögensfähigkeit und kann daher auch nicht für sich besteuert werden, wie dies auch in dem Einkommenssteuergesetz grundsätzlich anerkannt ist. Inhaber des Gesellschaftsvermögens und damit Eigentümer der der Gesellschaft geschenkten Liegenschaft sind nur die Gesellschafter, hier die beiden Söhne des Schenkers, und nicht die offene Handelsgesellschaft selbst. Daß dieses Eigentum der Söhne an den Grundstücken darum, weil diese Grundstücke nicht in ihr Privateigentum, in ihr ideelles Miteigentum, sondern in das Gesellschaftsvermögen fielen, von besonderer Natur ist, einer Gemeinschaft zur gesamten Hand untersteht, ist nur für den Inhalt ihrer Verfügungsbefugnisse von Bedeutung, ändert aber an der Tatsache des Eigentumserwerbs durch die beiden Söhne als die alleinigen Teilhaber der beschenkten Gesellschaft und an der Tatsache des Vermögensanfalls an diese Söhne nichts. Auch die bloße Möglichkeit, daß durch Austritt und Eintritt einzelner Gesellschafter ohne Aenderung in dem Bestand des gesellschaftlichen Grundstücksvermögens und ohne steuerliche Inanspruchnahme die Personen der Teilhaber der beschenkten offenen Handelsgesellschaft wechseln und hiedurch die verwandtschaftlichen Beziehungen der Gesellschafter zu dem Schenkgeber künftig wegfallen können, ist darum unerheblich, weil für die Frage des Ansatzes der Schenkungssteuer der Zeitpunkt der gemachten Schenkung maßgebend ist und in diesem Zeitpunkt eben nur die Söhne des Schenkers Teilhaber der beschenkten Gesellschaft sind und die geschenkte Liegenschaft daher nur Abkömmlingen des

Schenkers als den Eigentümern des Gesellschaftsvermögens angefallen ist. Auch von dem Ansatz einer Schenkungssteuer muß daher gemäß Art. 27 A Ziffer 1 des Erbschafts- und Schenkungssteuergesetzes abgesehen werden.

Urteil vom 31. Oktober 1906 in der Rechtsbeschwerdes. der Firma M. L., off. Handelsgesellsch. in St.

2.

Verzugszinsen können aus Steuerrückständen nicht gefordert werden.

Aus den Gründen:

Gesetzliche Bestimmungen, welche die Berechnung von Verzugszinsen bei Kirchensteuerschuldigkeiten verböten, bestehen allerdings nicht. Es unterliegt aber keinem Anstand, die für die Staatssteuern bestehenden Bestimmungen der Entscheidung zugrunde zu legen und hier ist in Art. 18 Abs. 3 des Gesetzes vom 17. Juli 1824 (Reg.Bl. S. 531), der durch Art. 259 Abs. 2 Ziff. 1 der Gemeindeordnung vom 28. Juli 1906 (Reg.Bl. S. 323 ff.) auch fernerhin als zu Recht bestehend erklärt ist, vorgeschrieben, daß von den nach dem 1. Juli 1824 entstehenden Steuerresten die Zinsaufrechnung allgemein aufgehoben ist 2c. 2c.

Urteil vom 24. Oktbr. 1906 in der Beruf.-Sache des Privatmanns A. St. in M. Ab. gegen die israelit. Kirchengemeinde U.

3.

Zu den wesentlichen Erfordernissen der Rechtsbeschwerde gehört die Unterzeichnung des Beschwerdeschriftsatzes.

Begründung:

Bezüglich der für das gegenwärtige Urteil allein in Betracht kommenden Rechtsbeschwerde des Rechtsanwalts A. R.

in R. ist zunächst zu prüfen, ob die gesetzliche Frist von einem Monat zur Einlegung der Beschwerde (Art. 60 Abs. 1 des genannten Gesetzes vom 16. Dezember 1876) eingehalten worden ist. Die angefochtene Entscheidung ist dem Beschwerdeführer ordnungsmäßig am 18. Juni 1906 eröffnet worden; die Frist zur Einlegung der Beschwerde ist daher gemäß der zur entsprechenden Anwendung gelangenden Vorschriften in den §§ 187 und 188 des bürgerlichen Gesetzbuchs mit dem 18. Juli 1906 abgelaufen. Es fragt sich also, ob der am 18. Juli eingekommene Schriftsatz, obwohl er der Unterschrift des Beschwerdeführers ermangelt, eine dem Gesetze genügende Einlegung der Rechtsbeschwerde enthält.

Nach Art. 60 Abs. 1 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 wird die Beschwerde erhoben „durch Einreichung eines Schriftsatzes bei dem Verwaltungsgerichtshof, oder bei der die angefochtene Verfügung eröffnenden Behörde" und nach Art. 61 a. a. O. sollen in dem Schriftsatz „die den Gegenstand der Anfechtung bildende Verfügung oder Entscheidung, sowie die einzelnen Beschwerdepunkte, gegen welche Abhilfe nachgesucht wird, bezeichnet werden." Abgesehen von dieser Sollvorschrift muß in dem Schriftsatz die Absicht, gegen eine bestimmte Entscheidung Beschwerde zu erheben, zum Ausdruck kommen. Aus dieser Vorschrift des Gesetzes ergibt sich, daß für die Würdigung der Ordnungsmäßigkeit der Erhebung der Beschwerde ausschließlich der Inhalt des Schriftsatzes maßgebend ist. Dem Vorbringen des Beschwerdeführers, die von seiner Hand herrührenden Vermerke auf dem Umschlag des Schriftsatzes „Einschreiben, durch besonderen Boten sofort bestellen, Absender Rechtsanwalt A. R. in R. und die daselbst beigefügte Adresse: „K. Verwaltungsgerichtshof Stuttgart" weisen auf sein Einverständnis mit dem Inhalt des Schriftsatzes hin, kann schon aus diesem Grunde eine Beachtung nicht geschenkt werden, ganz abgesehen davon, daß der Gerichtshof nicht in der Lage war, die Herkunft der Vermerke auf dem Umschlag zu erkennen, da die Handschrift des Beschwerdeführers nicht

gerichtsbekannt ist und in dem ursprünglichen Schriftsatz kein Wort von seiner Hand herrührte. Der Schriftsatz selbst bezeichnet sich zwar als einen „Beschwerdeschriftsatz des Rechtsanwalts A. R. in R.", solange aber dem Schriftsatz die Unterschrift des Beschwerdeführers nicht beigefügt war, fehlte es an einem sicheren Nachweis dafür, daß sich der Beschwerdeführer endgültig zur Erhebung der Beschwerde entschlossen hat, daß er dieselbe gemäß dem Inhalt des Schriftsatzes als seine Willenserklärung anerkannt hat; der Schriftsatz ohne Unterschrift kann auch ein von dem Beschwerdeführer oder von einer dritten Person gefertigter Entwurf einer Beschwerde sein; erst die Unterschrift läßt den Abschluß, die Perfektion der Willenserklärung mit Sicherheit erkennen. Demgemäß entspricht der von dem Beschwerdeführer innerhalb der gesetzlichen Frist eingereichte Schriftsatz den Anforderungen nicht, die nach Art. 60 Abs. 2 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 an die Beschwerdeschrift zu stellen sind.

Geht man davon aus, daß sich die Beantwortung der Frage, ob die Unterschrift des Beschwerdeführers ein notwendiges Erfordernis des Beschwerdeschriftsatzes ist, aus den Bestimmungen des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege nicht gewinnen läßt und daß daher nach Art. 72 dieses Gesetzes die Vorschriften der in Geltung befindlichen Zivilprozeßordnung entsprechende Anwendung zu finden haben, so gelangt man zu demselben Ergebnis. Was zunächst den Anwaltsprozeß betrifft, so ist zwar für die Klageschrift in § 253 CPO. die Unterschrift des klägerischen Anwalts nicht unter die wesentlichen Erfordernisse aufgenommen und in § 130 Nr. 6 für die vorbereitenden Schriftsätze im allgemeinen nur instruktionell vorgeschrieben, allein schon in den Motiven ist ausgeführt, daß sich dieses Erfordernis als ein notwendiges aus der Vorschrift des § 78 CPO. ergebe, denn die Klageschrift sei eine schriftliche Willenserklärung des Klägers, die im Anwaltsprozesse nur durch den Anwalt gültig abgegeben werden könne und ohne Unterschrift nicht perfekt sei. Dieser Auffassung hat sich nahezu allgemein die Theorie und Pra-

xis angeschlossen und von diesem Standpunkt aus ist sie auch dazu gekommen, für die Beschwerde im Sinne des § 569 CPO. die Unterschrift des Beschwerdeführers zu verlangen; die Beschwerde muß, wie Gaupp-Stein Kommentar 6. und 7. Auflage, Bd. 2 Seite 120 sagt, soweit Anwaltszwang besteht, von dem Anwalt selbst, wo kein Anwaltszwang stattfindet, von dem Anwalt oder von der Partei unterzeichnet sein.

Diese Auffassung hat sich auch das Reichsgericht angeeignet. In einem Beschluß des 5. Zivilsenats vom 22. März 1893 (Entscheidungen in Zivilsachen Bd. 31 Seite 375) ist ausgeführt: „Das Reichsgericht ist der Ansicht derjenigen Rechtslehrer beigetreten, welche sich für die Notwendigkeit der Unterschrift des Anwaltes bei den gedachten Schriften (Klage- Berufungs- und Revisionsschrift) aussprechen. . . . Der Grund für die Notwendigkeit der Unterschrift von Klagen und Rechtsmittelschriften liegt darin, daß für die Partei, welcher diese Prozeßschriften zugestellt werden, deutlich zum Ausdruck gebracht werden muß, daß die darin enthaltenen, den Rechtsstreit betreffenden Erklärungen dem Willen des Zustellenden entsprechen. Die Unterschrift konstatiert im Sinne des Gesetzes die Perfektion des Willens. Es kann unmöglich vom Gesetzgeber beabsichtigt sein, die Partei zu einer Prüfung zu verpflichten, ob eine die Unterschrift entbehrende Prozeßschrift unter den obwaltenden Umständen als mit dem Willen der Gegenpartei verfaßt und zugestellt anzunehmen sei. . . . Was aber für die Klage- oder Rechtsmittelschriften, also für Prozeßhandlungen gegenüber einer Partei als notwendiges Erfordernis gilt, das muß jedenfalls auch für Beschwerdeschriften als solches gelten, durch dieselben wird eine Prozeßhandlung gegenüber dem Gerichte vollzogen. . . . Für den Richter muß in dem für die Beschwerde als Regel zugelassenen schriftlichen Verfahren zum klaren Ausdruck gebracht sein, daß das Gesuch dem Willen des Beschwerdeführers entspricht. Dies geschieht durch die Unterschrift. Die Benützung von Papier, welches am Kopfe

den Stempel eines Prozeßvertreters trägt, genügt dazu nicht." In einem Beschlusse des 3. Zivilsenats vom 4. Mai 1900 (a. a. O. Bd. 46 S. 375) verlangt das Reichsgericht zur Rechtswirksamkeit einer Beschwerdeschrift eine handschriftliche Unterschrift; in der Begründung wird auf die erwähnte Entscheidung in Bd. 31 Nr. 87 hingewiesen und betont, daß ebenso wie bei den der Partei zuzustellenden Klage- und Rechtsmittelschriften auch bei den Beschwerdeschriften, durch welche eine Prozeßhandlung gegenüber dem Gerichte vollzogen werde, die Unterschrift ein notwendiges Erfordernis ihrer Rechtswirksamkeit sei; der Grund sei überall derselbe, nämlich die Perfektion des Willens des Unterschreibenden zu konstatieren.

Eine Unterstützung findet die Auslegung, welche der Verwaltungsgerichtshof den Bestimmungen des württemb. Verwaltungsrechtspflegegesetzes und das Reichsgericht den entsprechenden Anordnungen der Zivilprozeßordnung gibt, in der Vorschrift des § 126 des bürgerlichen Gesetzbuchs, wonach, wenn durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben ist, die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden muß. Eine unmittelbare Geltung kommt dieser für die Rechtsgeschäfte des Privatrechts bestimmten Vorschrift für die Willenserklärungen des Prozeßrechts nicht zu; allein diese ausdrückliche gesetzliche Bestimmung auf einem verwandten Gebiete läßt doch erkennen, daß das Erfordernis der Schriftform mit innerer Notwendigkeit auf das Erfordernis der Unterzeichnung der in Frage kommenden Urkunde hinweist.

Urteil vom 7. Novbr. 1906 in der Rechtsbeschwerdes. des RA. A. R. in R.

4.

Zu Art. 8 Ziff. 8, 9, 13 des Einkommensteuergesetzes und Art. 1 Abs. 2, sowie Art. 6 Ziff. 7, 8, 12 des Kapitalsteuergesetzes.

Aus den Gründen:

I. 2c. 2c.

II. Bei der Würdigung der Rechtsbeschwerde geht der Verwaltungsgerichtshof in Uebereinstimmung mit dem Kgl. Finanzministerium und mit dem Beschwerdeführer davon aus, daß weder dem Dombaufonds noch der bischöflichen Missionskasse selbständige Rechtspersönlichkeit zusteht, daß vielmehr die mit dieser Bezeichnung zusammengefaßten Vermögensstücke zu dem Vermögen des Bistums Rottenburg gehören. Dem Bistum Rottenburg als der vermögensrechtlichen Organisation der katholischen Kirche im Königreich Württemberg, als dem Inbegriff der landeskirchlichen Einrichtungen und Anstalten kommt unstreitig der Charakter einer juristischen Person und damit selbständige Rechtsfähigkeit zu; zugleich ist durch den Art. 18 des Gesetzes vom 30. Januar 1862 außer Zweifel gesetzt, daß das den katholisch-kirchlichen Bedürfnissen und Anstalten gewidmete Vermögen den landesgesetzlichen Steuerbestimmungen unterliegt. Ein weiteres Eingehen auf Fragen der Verfassung der katholischen Kirche erscheint zur Entscheidung der vorliegenden Beschwerde nicht erforderlich.

III. Zu den einzelnen Beschwerdepunkten ist nachstehendes zu bemerken:

1. Der unter dem Vermögen des Bistums Rottenburg befindliche vom bischöflichen Ordinariat verwaltete Dombaufonds hat in dem für die Besteuerung maßgebenden Jahre einen Kapitalertrag von 8635 Mk. 23 Pfg. ergeben; dieser wurde im vollen Betrag zur Kapitalsteuer und nach Abzug von 173 Mk. Steuer mit 8462 Mk. zur Einkommensteuer herangezogen; außerdem wurden verschiedene Kir-

chenbaufonds, welche für die beteiligten Kirchengemeinden bei der Missionskasse verwaltet werden, mit einem Jahresertrag von 7557 Mk. 34 Pf. zur Kapitalsteuer und mit einem Reinertrag von 4928 Mk. zur Einkommensteuer veranlagt. Der Beschwerdeführer beansprucht für diese Kapitalerträge Freilassung von der Einkommen- und von der Kapitalsteuer und stützt diese unter anderem darauf, daß es sich hier um ein Einkommen eines allgemeinen kirchlichen Fonds beziehungsweise einer Stiftung handle, das zu den Zwecken der Kirche, für gottesdienstliche Zwecke, nämlich für den Bau von Kirchen verwendet werde (Art. 8 Ziff. 8 und 9 des Einkommensteuergesetzes und Art. 6 Ziff. 7 und 8 des Kapitalsteuergesetzes); die Verwendung erfolge dadurch, daß die Zinsen dem Fonds zugeschlagen, mit ihm vereinigt, admassiert werden, bis der Fonds die zur Ausführung des Baus erforderliche Summe gewähre. Die angefochtene Entscheidung versagt die Steuerfreiheit: wenn man auch dem Gesamtvermögen des Bistums die Eigenschaft eines allgemeinen kirchlichen Fonds zugestehen würde, so fehle es doch an dem weiteren gesetzlichen Erfordernis, daß die Zinsen zu den Zwecken der Kirche wirkliche Verwendung finden müssen. Der Bau eines Doms sei zwar ein kirchlicher Zweck, aber in der Anlegung der Zinsen zum Baufonds liege nicht eine wirkliche Verwendung, denn zurzeit der Ansammlung stehe noch nicht fest, wann und ob überhaupt die Verwendung der Mittel zu dem in Aussicht genommenen Zweck erfolge; im Lauf der Zeiten ändern sich vielfach die Bedürfnisse, die Verhältnisse und die Anschauungen so sehr, daß Gelder, die ursprünglich zu einem bestimmten Zweck gesammelt und gestiftet waren, schließlich zu einem ganz andern Zweck wirklich verwendet werden und verwendet werden müssen; in der bloßen Ansammlung der Zinsen behufs späterer Verwendung zu einem kirchlichen Bau könne daher nicht schon die wirkliche Verwendung zu dem Kirchenbau erblickt werden.

Aus der Entstehungsgeschichte der Ziff. 8 und 9 des Art. 8 des Einkommensteuergesetzes läßt sich mit Sicherheit

entnehmen, daß es der Absicht dieser gesetzlichen Bestimmungen entspricht, die für die Erbauung von Kirchen bestimmten Kapitalerträge, welche alljährlich dem Baufonds zugeschlagen werden, steuerfrei zu belassen. Im ersten Entwurf des Einkommensteuergesetzes waren diese Bestimmungen nicht enthalten, sie wurden bei der Beratung dieses Entwurfs auf Grund von übereinstimmenden Beschlüssen der beiden Kammern angefügt und dann von der Regierung in den zweiten Entwurf eingestellt. Im Jahre 1898 hatte der Abgeordnete Gröber in der Sitzung vom 28. Juni 1898 in dieser Richtung vorgetragen: „In Wirklichkeit handelt es sich um kleine Stiftungen, die in der Hauptsache den Zweck haben, die Erbauung von Kirchen für Diasporagemeinden oder den Ersatz alter baufällig gewordener Kirchen durch neue durch einen Baufonds zu erleichtern und zu fördern. Da hat doch die übrige Bürgerschaft gar kein Interesse daran, daß von solchen kleinen, gewöhnlich nur vorübergehend bestehenden Fonds noch eine Steuer erhoben wird." In der Sitzung der Kammer der Abgeordneten vom 25. Juni 1902 hat der Prälat Dr. von Sandberger beantragt, in der jetzigen Ziffer 8 des Art. 8 die von der Kommission gestrichenen Worte „zu den Zwecken der Kirche wirklich verwendet wird oder" wieder einzufügen und zur Begründung dieses Antrags unter anderem bemerkt: „es ist darunter hauptsächlich das gemeint, daß Ausgaben und Beiträge, die aus diesen Fonds z. B. für Kirchenbauten, gemacht werden, auch möchten von der Steuer frei gelassen werden. Ich erinnere Sie daran, meine Herren, mit welch ungeheurer Mühe jahre- und jahrzehntelanger Sparsamkeit die Fonds angesammelt werden, welche nötig sind, um unsere zum Teil in einem recht kümmerlichen und man kann fast sagen, aus der Armut früherer Zeiten her verwahrlosten Zustande befindlichen Kirchen in eine bessere, zeitgemäße und der Würde des Gottesdienstes entsprechende Verfassung zu bringen. Ich wäre dem hohen Hause überaus dankbar, wenn es auch diese Ver-

wendung wieder aufnehmen würde . . . und möchte mir deshalb erlauben, den Antrag zu stellen, daß in dem Art. 7 die Worte eingefügt werden: „soweit u. s. w.". Auf Einwendungen gegen diesen Antrag hat er noch entgegnet: „Wenn er (der Mitberichterstatter) dann noch gesagt hat, es werden diese Fonds auch noch für andere Zwecke verwendet, so sind, glaube ich, die Zwecke, für welche sie verwendet werden, in dem Art. 7 sehr genau definiert und es kann nicht davon die Rede sein, daß ein über das Ziel hinausschießender Gebrauch davon gemacht werden könnte. Es sind ja nur die zwei Zwecke bestimmt, und soweit das Vermögen sonst da ist, also z. B. im Interkalarfonds ein bedeutender Reservefonds angesammelt wird, soweit unterliegt derselbe der Besteuerung." Unterstützt wurde der Antrag von dem Berichterstatter (Abg. Gröber), der zunächst bemerkte, er habe der Begründung des Antrags durch den Antragsteller nichts hinzuzufügen und dann noch ausführte: „Bei diesen kirchlichen Fonds handelt es sich nicht um eine Privatverwaltung, die willkürlich ihre Bestimmungen über Verwendung des Einkommens treffen kann, sondern hier ist mehr oder weniger die Verwendung des Einkommens durch staatliche Anordnungen festgelegt. Es sind fundationsmäßige Verpflichtungen, die zu leisten sind, und es ist nur ein sehr kleiner Spielraum und eine kleine Summe überhaupt übrig, über welche die betreffende Behörde verfügen kann. In der Hauptsache, abgesehen von den Verwendungen zur Verbesserung von Besoldungen, zur Aufbringung der Bezahlung von unständigen Vikariaten, Umzugskosten und derartigen Dingen, ist der bewegliche Posten eigentlich nur der Aufwand für Kirchenbauten um es kurz zu bezeichnen. . . . Wenn Sie nun die Kirchenbaukosten besteuern, was ist die praktische Folge? Die praktische Folge ist die, daß dann alle Kirchenbaukomitees an den Staat herantreten und einen erhöhten Staatsbeitrag für ihren Kirchenbau verlangen. . . . Ein gewisser Prozentsatz wird vom Staat in allen Fällen für solche Kirchenbauten aufgewendet. Besteuern Sie diese Fonds, ja

dann wird eben das Verlangen sehr dringlich werden, einen entsprechend größeren Staatsbeitrag zu erlangen. Also, meine Herren, was Sie hier auf der einen Seite dem Staat an Steuern zuwenden würden, das müßte aus der anderen Tasche vom Staat anständigerweise an die Kirchenbaukomitees wieder bezahlt werden. Ich meine, wir sollten darum nicht so arg an den Einkünften dieser Fonds herumknabbern, das sind keine Fonds, die darauf angelegt sind, ins Ungemessene zu wachsen. . . . Das Bedürfnis von Aufwendungen für Kirchenbauten ist sehr viel größer als das Erträgnis der Zinsen, das zur Verfügung steht. . . . An vielen Orten tritt die Notwendigkeit ein, für konfessionelle Minoritätsgemeinden eine neue Kirche zu bauen. Es tritt aber auch für die alten Kirchengemeinden in sehr starkem Maße das Bedürfnis ein, neue Kirchen zu bauen . . ., wollen Sie die Erbauung neuer Kirchen erschweren?" Der Staatsminister der Finanzen hat sein Einverständnis mit dem Antrag und seiner Begründung erklärt: er entspreche der Billigkeit; wenn hier eine Steuerfreiheit nicht verwilligt werde, so wirke das auf die Leistungsfähigkeit der kirchlichen Fonds zu solchen Zwecken zurück, wegen deren sie an den Staat zu gehen gewohnt seien und für welche sie auch vom Staat unterstützt werden; wenn nun wirklich eine Staatsunterstützung zu diesem Zweck erfolge, so sei es doch viel einfacher, der Staat verzichte auf die nicht sehr bedeutenden Steuern, als daß er nachher in der Höhe der Unterstützungen weiter gehen müsse. — Solchen Fonds nun, die zum Neubau einer Kirche bestimmt sind, und zu diesem Zwecke ihre Kapitalerträge und die ihnen zufließenden Beiträge insolange ansammeln, bis der Fonds zur völligen oder teilweisen Bezahlung der Kirchenbaukosten ausreicht, kann der Natur der Sache nach eine Steuerfreiheit nur in der Weise zugewendet werden, daß die jährlich dem Grundstock zuwachsenden Kapitalzinse von Einkommen- und Kapitalsteuer freigelassen werden. Nach den Ausführungen des Antragstellers, des Berichterstatters und des Regierungs-

vertreters unterliegt es daher keinem Zweifel, daß sie dem Antrag eine Auslegung gaben, nach der diese Kapitalzinsen Steuerfreiheit genießen, daß sie also annahmen, diese Zinsen werden im Sinne des Antrags zu kirchlichen oder gottesdienstlichen Zwecken wirklich verwendet. Eine gegenteilige Auffassung ist in den landständischen Verhandlungen nicht hervorgetreten; eine solche ist auch den in der Begründung der angefochtenen Entscheidung bezeichneten Stellen der landständischen Protokolle nicht zu entnehmen, denn hier wird nur einem für unbestimmte künftige Zwecke angesammelten Vermögen, insbesondere den Reservefonds des Interkalarfonds, die Steuerfreiheit abgesprochen.

Verabschiedet ist nun allerdings lediglich der Wortlaut des Gesetzes; der besprochene Antrag kann daher in Ansehung der Erträge der Kirchenbaufonds seinen Zweck nur erreichen, wenn die von dem Antragsteller beabsichtigte Tragweite mit dem verabschiedeten Wortlaut verträglich ist. Der Ertrag der betreffenden Fonds oder Stiftungen soll nach dem Gesetz steuerfrei sein, wenn er für kirchliche oder gottesdienstliche Zwecke wirklich verwendet wird; es ist also nicht erforderlich, daß der Ertrag in dem der Steuerveranlagung vorangehenden Jahr für diese Zwecke wirklich verwendet worden ist, es genügt, wenn nachgewiesen wird oder sichere Gewähr dafür besteht, daß der Ertrag diese Verwendung finden wird. Wird bei einem unter öffentlicher Verwaltung stehenden für einen Kirchen-Neubau bestimmten Fonds oder einer solchen Stiftung der jährliche Kapitalertrag der Zweckbestimmung entsprechend zum Kapital geschlagen, so ist damit ausreichende Sicherheit dafür gegeben, daß diese kapitalisierten Zinsen seinerzeit zur Bestreitung der Kosten des Neubaus verwendet werden. Das Vermögen einer Stiftung oder eines zu einem bestimmten Zweck angesammelten Fonds kann nur ausnahmsweise unter besonderen Umständen zu einem anderen Zwecke verwendet werden; zudem ist zu einer solchen Umwandlung (Innovation) stets die Mitwirkung und Genehmigung der zuständigen Auf-

sichtsbehörde erforderlich. In dieser Beziehung hat das bürgerliche Gesetzbuch für Stiftungen des Privatrechts im § 87 bestimmte Vorschriften gegeben, die auch für Stiftungen des öffentlichen Rechts entsprechende Anwendung finden dürften; auch ist durch die Landesgesetzgebung Vorsorge getroffen, daß Stiftungen und Zweckvermögen, die in der Verwaltung der evangelischen Kirchengemeinden oder der katholischen Pfarrgemeinden oder der kirchlichen Zentralstellen stehen, ihrem Zweck dauernd erhalten und nicht ohne die Genehmigung des Landesherrn oder der staatlichen Aufsichtsbehörden zu einem anderen Zwecke verwendet werden (vgl. Art. 62 des Evang. Kirchengemeinde-Gesetzes vom 14. Juni 1887, Art. 32 des Kath. Pfarrgemeinde-Gesetzes vom 14. Juni 1887, Art. 47—54 der Verwaltungsnovelle vom 21. Mai 1891, Erlaß des Ministeriums des Innern vom 21. Februar 1848 bei Fleischhauer, Gemeinde-Gesetze S. 1139, Neue Gemeindeordnung Art. 155—161 und Art. 191, Gaupp-Göz, Staatsrecht, Seite 421/2). Weiter ist zu beachten, daß bei der Umwandlung eines solchen Fonds regelmäßig seine Verwendung für einen verwandten Zweck angeordnet wird, ein Kirchenbaufonds also bei Wegfall des Bedürfnisses eines Kirchen-Neubaus in der Regel für einen anderen ebenfalls steuerfreien kirchlichen Zweck bestimmt werden wird. Sollte je einmal bei einem solchen Fonds an die Stelle eines kirchlichen oder gottesdienstlichen Zwecks ein anderer Zweck treten, der die Steuerfreiheit nicht genießt, so wäre die mitwirkende staatliche Behörde in der Lage, die Umwandlung an die Bedingung der Nachholung der Steuerbeträge für die Vergangenheit zu knüpfen.

Unter diesen Umständen vermag der Verwaltungsgerichtshof der entfernten Möglichkeit, daß die in Frage stehenden Zinserträgnisse, obwohl sie einem kirchlichen Baufonds einverleibt sind, dem dadurch gegebenen Verwendungszweck wieder entzogen werden, eine entscheidende Bedeutung nicht beizulegen, er ist vielmehr der Ansicht, daß bei dieser Sachlage der Nachweis der Verwendung dieser Zinsen zu einem kirch-

lichen oder gottesdienstlichen Zweck ausreichend erbracht ist. Der Dombaufonds, dessen Jahresertrag auf 8635 Mk. 35 Pf. berechnet ist, steht in der Verwaltung des Bistums, dem auch seine Erträge zufließen, die verschiedenen Kirchenbaufonds mit einem Jahresertrag von 7557 Mk. 34 Pf., welche für die betreffenden Gemeinden bei der bischöflichen Missionskasse verwaltet werden, sind entweder selbständige Stiftungen oder Bestandteile anderer selbständiger Stiftungen. Bei allen diesen Voraussetzungen kommt diesen Erträgen in Gemäßheit des Art. 8 Ziff. 8 bezw. 9 des Einkommensteuergesetzes und des Art. 6 Ziff. 7 bezw. 8 des Kapitalsteuer-Gesetzes, sofern ihre Verwendung für kirchliche Zwecke nachgewiesen erscheint, Freiheit von der Einkommensteuer und von der Kapitalsteuer zu. Insoweit mit der angefochtenen Entscheidung deren Heranziehung zur Einkommensteuer und Kapitalsteuer bestätigt und genehmigt ist, war diese Entscheidung außer Wirkung zu setzen.

2. Aus der bischöflichen Missionskasse sind in dem der Steuerveranlagung vorangehenden Jahre für freiwillige Konfessionsschulen im Sinne des Art. 14 des Volksschulgesetzes vom 29. September 1836—: 12893 Mk. verausgabt worden. Für diesen Betrag beansprucht der Beschwerdeführer auf Grund des Art. 8 Ziff. 8 des Einkommensteuer-Gesetzes und auf Grund des Art. 6 Ziff. 7 des Kapitalsteuer-Gesetzes Freiheit von der Einkommensteuer und von der Kapitalsteuer, indem er davon ausgeht, daß diese Ausgaben für Zwecke der Kirche erfolgt seien. In der angefochtenen Entscheidung ist der Anspruch zurückgewiesen mit der Begründung, daß die Errichtung von Konfessionsschulen in erster Linie dem Zwecke des Unterrichts und der Erziehung diene. Diese Auffassung erscheint zutreffend. Maßgebend für die Steuerpflicht ist der nächste Hauptzweck, dem diese Konfessionsschulen gewidmet sind; dieser Hauptzweck ist, da die Konfessionsschulen durchaus an die Stelle der ordentlichen Volksschulen treten, nach Art. 1 des Volksschulgesetzes die religiös-sittliche Bildung und Unterweisung der Jugend

in den für das bürgerliche Leben nötigen allgemeinen Kenntnissen und Fertigkeiten; dadurch daß die katholische Kirche an der Errichtung freiwilliger Konfessionsschulen ein Interesse hat und dieses Interesse durch die Förderung solcher Schulen bekundet, wird deren Hauptzweck nicht geändert. Der Beschwerde kann daher in dieser Beziehung eine Folge nicht gegeben werden.

3. Unter Berufung auf Art. 8 Ziff. 13 des Einkommensteuer-Gesetzes und auf Art. 6 Ziff. 12 des Kapitalsteuer-Gesetzes wird von dem Beschwerdeführer für den Betrag von 2971 Mk. 75 Pfg., der aus Zinserträgnissen der mit der bischöflichen Missionskasse verbundenen Stiftungen für milde Zwecke verausgabt worden ist, Steuerfreiheit in Anspruch genommen. Das Finanzministerium versagt diese Steuerfreiheit, — abgesehen von dem Teilbetrag von 371 Mk., für den eine Verwendung für kirchliche Zwecke unterstellt wurde — weil die im einzelnen nicht näher gekennzeichneten sogenannten Stiftungen nicht mit besonderer selbständiger Rechtspersönlichkeit ausgestattet seien. Die Steuergesetze beschränken bezüglich der Aufwendungen für Zwecke der Wohltätigkeit die Steuerfreiheit auf das Kapitaleinkommen der im Gesetze besonders hervorgehobenen juristischen Personen; zu diesen gehört die Bistumsdotation, in deren Eigentum, Verfügung und Verwaltung die in Betracht kommenden Kapitale stehen, nicht; auch fehlt jeder Nachweis dafür, daß es sich bei diesen Kapitalien um Stiftungen handelt, die einer gesonderten steuerlichen Behandlung und Würdigung bedürftig und fähig sind. Auch hier war daher der Beschwerde der Erfolg zu versagen.

4. Von dem Bischof oder von der Missionskasse werden Kapitale verwaltet, die dem Bischof oder der Missionskasse testamentarisch überwiesen sind mit der Bestimmung, daß die Erträge den Haushälterinnen oder dem sonstigen Dienstpersonal der verstorbenen Testatoren jährlich während ihrer Lebenszeit auszufolgen seien; der Jahresertrag solcher Kapitalzinsen ist insgesamt auf 5482 Mk. 87 Pfg.

berechnet, für die Einkommensteuer ist deren Abzugsfähigkeit anerkannt, dagegen sind sie in der angefochtenen Entscheidung für kapitalsteuerpflichtig erklärt. Die hiegegen gerichtete Beschwerde erscheint nicht als begründet. Das Recht zum Bezug dieser Kapitalzinsen steht zunächst dem Bistum zu, mit dem Bezug ist allerdings auf Grund besonderen privatrechtlichen Titels die Last verknüpft, die Zinsen bestimmten dritten Personen zu deren beliebiger Verwendung auszufolgen. Dadurch wird aber die nach Art. 4 Abs. 1 des Kapitalsteuer-Gesetzes begründete Steuerpflicht nicht ausgeschlossen, sofern nach Art. 8 Abs. 1 des Gesetzes als steuerbarer Betrag der volle Jahresertrag der Kapitale nach dem Bestande bei Beginn des Steuerjahrs ohne Abzug von Schuldzinsen oder Lasten anzusehen ist. Eine Unbilligkeit kann in dieser gesetzlichen Anordnung nicht gefunden werden, denn wenn die Kapitale den genußberechtigten Personen während deren Lebensdauer überlassen worden waren, hätten sie neben der ihnen auch unter den gegebenen Verhältnissen obliegenden Einkommensteuer noch die Kapitalsteuer zu entrichten. Die Bestimmung in Art. 1 Abs. 2 des Gesetzes bezieht sich, wie in den Gründen der angefochtenen Entscheidung zutreffend ausgeführt ist, ausschließlich auf die Steuerpflicht derjenigen Personen, denen diese Zinsen mit Rücksicht auf frühere Dienstleistungen gereicht werden.

Urteil vom 28. Novbr. 1906 in der Rechtsbeschwerdes. des Bistums Rottenburg.

5.

Kapitalsteuerpflicht von Schulfonds einer Gemeinde.

Aus den Gründen:

Mit der Rechtsbeschwerde wird die Freiheit von der Kapitalsteuer gemäß Art. 6 Ziff. 11 des Kapitalsteuer-Ges. für die Zinsen aus folgenden Kapitalen geltend gemacht:

1. Fonds für Schulzwecke im Betrag von 58285 Mk. 71 Pfg.,

2. Fonds von 1714 Mk. 29 Pf. Abfindungssumme oder Entschädigung wegen Wegfalls der Baulast am früheren katholischen Knabenschulhaus,

3. Fonds aus dem Erlös des im Jahre 1856/57 verkauften alten evangelischen Knabenschulhauses mit 5537 Mk. 13 Pf.,

4. Fonds von 10787 Mk. 30 Pfg., herrührend von den Interkalargefällen aus den Besoldungen der Lehrer an der Latein- und Realschule,

5. Fonds von 23000 Mk., der bürgerlichen Gemeinde anläßlich der Ausscheidung des Vermögens der evangelischen Kasse und Schulkasse zur Leistung der an die Stadt übergegangenen Schullasten überwiesen,

6. Fonds von 5000 Mk. für Leistungen zum Schützenfest (Kinderfest) und für den Umzug der Lehrer,

7. Fonds von 20000 Mk. zur Bestreitung des Schulgelds für arme Kinder, einschließlich des Aufwands für Freischüler der Latein- und Realschule.

Zur Begründung des Anspruchs wird ausgeführt: die bezeichneten anläßlich des Ausscheidungsverfahrens ausgemittelten Kapitale haben durch ihre Zweckbestimmung und durch die sie betreffenden Verträge die Natur von Schulfonds und Schulstiftungen erhalten, sie bilden daher nicht einen allgemeinen Vermögensteil der Stadt, sondern seien Einzelfonds mit besonderen selbständigen Zwecken; wenn sie auch der eigenen juristischen Persönlichkeit ermangeln, so komme ihnen doch nach Art. 6 Ziff. 11 des Gesetzes Steuerfreiheit zu.

Der Rechtsbeschwerde kann eine Folge nicht gegeben werden. Dem K. Finanzministerium ist darin beizutreten, daß der Art. 6 Ziff. 11 des Kapitalsteuergesetzes nach seinem Wortlaut und nach seiner Entstehungsgeschichte nur solche öffentliche Unterrichts- und Erziehungsanstalten und solche für sie bestimmte Stiftungen, welche selbständige Steuerträger in Gemäßheit des Art. 3 des Gesetzes sind, also — abgesehen von den Personenvereinen von nicht geschlossener Mit-

gliederzahl — die Eigenschaft einer selbständigen juristischen Persönlichkeit haben, von der Kapitalsteuer freiläßt. Im vorliegenden Falle handelt es sich aber unbestrittenermaßen um Kapitale, die im Eigentum und in der Nutznießung der Stadt B. stehen, bei denen der Stadt lediglich die obligatorische Verpflichtung obliegt, die eingehenden Zinsen im allgemeinen oder in einer bestimmten Weise für Zwecke von öffentlichen Unterrichtsanstalten zu verwenden. Eine solche Verpflichtung befreit den Eigentümer und Nutznießer der Kapitale, wenn er nicht für seine Person Kapitalsteuerfreiheit genießt, nicht von der Kapitalsteuerpflicht; denn nach Art. 8 Abs. 1 des Gesetzes ist als steuerbarer Betrag der volle Jahresertrag der Kapitale ohne Abzug von Schuldzinsen oder Lasten anzusehen.

Urteil v. 21. Novbr. 1906 in der Kapitalsteuer-Rechtsschwerdes. der Stadtgemeinde B.

6.

Einkommensteuerfreiheit von Schulfonds einer Gemeinde.

Für die in dem voranstehenden Urteil (Nr. 5) bezeichneten Fonds ist die Freiheit von der Einkommensteuer anerkannt worden aus folgenden Gründen:

Die Steuerfreiheit der Fonds für Schulzwecke hat die Beschwerdeführerin in erster Linie auf den Art. 8 Ziff. 12 des Einkommensteuergesetzes gestützt, in der angefochtenen Entscheidung ist die Berufung auf diese Gesetzesstelle für ungerechtfertigt erklärt, da es sich dabei um Kapitale handle, welche im Eigentum oder wenigstens in der Nutznießung von öffentlichen mit juristischer Persönlichkeit ausgestatteten Unterrichts- und Erziehungsanstalten oder von Stiftungen mit juristischer Persönlichkeit stehen, während im vorliegenden Falle Vermögensbestandteile der Stadtgemeinde Biberach in Frage kommen. Dieser Auslegung der

gesetzlichen Vorschrift stehen gewichtige Gründe zur Seite. Dagegen ergibt sich die Steuerfreiheit des Ertrags der fraglichen Kapitale aus der Vorschrift des Art. 9 Ziff. I, 4, auf die sich die Beschwerdeführerin auch berufen hat. Hiernach sind bei Ermittlung des steuerbaren Einkommens von den Einnahmen in Abzug zu bringen die auf steuerpflichtigen Einnahmequellen haftenden auf besonderem privatrechtlichen oder öffentlichen Verpflichtungsgrunde beruhenden dauernden Lasten. Diese gesetzlichen Voraussetzungen treffen für die Leistungen zu, die der Stadt als der Eigentümerin der fraglichen Fonds obliegen.

In der angefochtenen Entscheidung ist ausdrücklich festgestellt, daß die Beschwerdeführerin in der Verwendung des zunächst ihr zufließenden Erträgnisses der Fonds gebunden ist, indem sie dasselbe zu Schulzwecken oder zu anderen bestimmten Zwecken zu verausgaben verpflichtet ist. Es erhellt ferner aus den Akten und ist auch in der Entscheidung des K. Finanzministeriums vom 15. Oktober 1906 über die Kapitalsteuerpflicht der Fonds ausdrücklich anerkannt, daß diese Verpflichtung auf besonderen von der Beschwerdeführerin abgeschlossenen Uebereinkommen beruht, durch diese Verträge ist in bindender Weise von der Stadt eine Auflage, eine Last übernommen worden, die diesen Fonds dauernd anhaftet; ob diese Verträge dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht angehören, kann dahingestellt bleiben, da in beiden Fällen gleichermaßen die Abzugsfähigkeit begründet ist. Die der Stadt obliegenden Leistungen für Zwecke der Volksschule würden teilweise allerdings auch aus der allgemeinen gesetzlichen Verpflichtung der Gemeinden zur Bestreitung der Kosten der Volksschulen (Art. 18 des Volksschulgesetzes vom 19. September 1836) sich ergeben, allein dies ändert an dem Umstand nichts, daß im vorliegenden Fall die weiter reichende Verpflichtung gerade die Zinsen bestimmter Kapitale für diese Zwecke zu verwenden, durch besondere Rechtstitel gesichert ist; auch ist zu beachten, daß die auf dem Fonds von 58 285 Mk. 71 Pfg. ruhende Verpflichtung schon durch einen

Vertrag vom Jahre 1822 zwischen der Stadt und dem Staat anläßlich des Uebergangs der Stadt an das Königreich Württemberg geschaffen worden ist. Unhaltbar ist die anscheinend von der angefochtenen Entscheidung vertretene Auffassung, die Abzugsfähigkeit dieser Lasten könne deshalb nicht in Frage kommen, weil die öffentlichen Unterrichts- und Erziehungsanstalten, denen das Kapitalerträgnis der Fonds auszubezahlen ist, nicht als Anstalten mit juristischer Persönlichkeit angesehen werden können. Wenn auch diesen Anstalten, eben weil sie der juristischen Persönlichkeit entbehren, ein Klaganspruch bezüglich der fraglichen Leistungen nicht zusteht, so verlieren doch diese dadurch nicht den rechtlichen Charakter von dauernden Lasten im Sinne des Einkommensteuergesetzes. Die staatlichen Aufsichtsbehörden, die über die Interessen dieser Schulanstalten und über die Erfüllung der Verpflichtungen der Gemeinden zu wachen haben, sind erforderlichenfalles berufen und befähigt, mit den ihnen zu Gebot stehenden Mitteln die Fortdauer dieser Leistungen zu erzwingen; die dauernde Wirksamkeit dieser Lasten steht unter ausreichendem Schutze staatlicher Behörden (vgl. Entscheidungen des preuß. Oberverwaltungsgerichts in Staatssteuersachen Bd. 5 S. 2 ff.).

Urteil vom 21. Novbr. 1906 in der Einkommensteuer-Rechtsbeschwerdes. der Stadtgemd. B.

7.

Einfluß eines Heimfallrechts auf die Besteuerung des damit belasteten Unternehmens.

Aus den Gründen:

Mit Recht nimmt die angefochtene Entscheidung an, daß der Aktienamortisationsfonds einen Bestandteil des Vermögens der Aktiengesellschaft bildet; die anscheinend entgegenstehende Bestimmung in § 18 der Statuten hat offenbar nur den Zweck, diesen Fonds zur weiteren Sicherung der künf-

tigen Ansprüche der Aktionäre auf Rückzahlung des Aktienkapitals von dem Betriebskapital der Aktiengesellschaft abzusondern und der Möglichkeit einer Gefährdung oder Schmälerung durch das mit dem Betrieb verbundene Risiko zu entziehen. Der Begründung der angefochtenen Entscheidung ist auch darin beizutreten, daß die Aktiengesellschaft unter den besonderen obwaltenden Umständen mit Rücksicht auf das vereinbarte Heimfallrecht der Stadt H. . . . nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet ist, zur Deckung der künftigen Ansprüche der Aktionäre auf Rückzahlung des Aktienkapitals entsprechende Rücklagen zu machen. (Vgl. Simon, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften S. 402 ff., Rehm, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften S. 422 ff., 445 ff., 464 ff., Fuisting, Einkommensteuergesetz, 6. Aufl. S. 248 Lit. E., Entscheidungen des Preuß. Oberverwaltungsgerichts in Staatssteuersachen Bd. 5 S. 42 ff.). In Abweichung von der Begründung der angefochtenen Entscheidung dagegen vermochte der Verwaltungsgerichtshof in den Zuwendungen an den Aktienamortisationsfonds aus den Ueberschüssen des Geschäftsjahrs 1903/1904 eine übermäßige Abschreibung, der aus diesem Grunde die Steuerfreiheit zu versagen wäre, nicht zu erblicken.

Einmal ist zu beachten, daß die Generalversammlung der Aktiengesellschaft hinsichtlich der Höhe der Dotierung des Amortisationsfonds nicht freie Hand hatte, vielmehr sowohl gegenüber der Stadt H. durch den mit ihr abgeschlossenen Kaufvertrag, als auch gegenüber den Aktionären durch das Statut verpflichtet war, dem Amortisationsfonds die geleisteten Beträge zuzuführen; es handelt sich hier nicht um freiwillige Beiträge zu einem Reservefonds, sondern um die Tilgung einer bei der Gründung auf die Aktiengesellschaft übernommenen zwingenden Schuldverbindlichkeit. Sodann ist zu berücksichtigen, daß bei einem Bergwerkbetrieb nicht mit fortdauernd gleichmäßigen Betriebsergebnissen gerechnet werden kann; vielmehr ist wegen der fortschreitenden Substanzverringerung eine mit diesem Fortschritt wachsende Verschlechte-

rung der Betriebsergebnisse in Aussicht zu nehmen, auch darf die Möglichkeit unberechenbarer den Betrieb erschwerender und verteuernder Ereignisse mitberücksichtigt werden. Es ist daher mit einer vorsichtigen Geschäftsführung wohl vereinbar, wenn während der Zeit, in der unter günstigen Verhältnissen mit reichem Gewinn gearbeitet wird, den durchschnittlichen Betrag übersteigende Summen dem Amortisationsfonds zugewiesen werden, zumal da keine Gewähr dafür besteht, daß auch nur in den nächstfolgenden Jahren die Ueberschüsse eine solche Höhe erreichen, daß daraus vertragsgemäß 20% für den Amortisationsfonds zu verwenden sind. Eine Ausstattung des Amortisationsfonds über den Betrag des jeweils ausgegebenen Aktienkapitals hinaus und eine hieraus dem Steuerfiskus erwachsende Beeinträchtigung ist nach dem Vertrag mit der Stadt und nach dem Statut ausgeschlossen; ist der Fonds auf seinen vollen Stand gebracht, so fallen die jährlichen Zuwendungen weg und können, soweit an ihre Stelle nicht erhöhte Leistungen an die Stadt H. treten, zu einer Erhöhung der steuerpflichtigen Bezüge der Aktionäre verwendet werden. Somit entspricht im vorliegenden Fall die Bilanzaufstellung und Gewinnverteilung einschließlich der Zuwendungen an den Amortisationsfonds den für die Aktiengesellschaft und deren Organe maßgebenden auf Vertrag und Statut beruhenden Bestimmungen; außerdem stehen diese Zuwendungen an den Amortisationsfonds nicht im Widerspruch mit einer vorsichtigen und zweckmäßigen Geschäftsführung; sie bilden hiernach auch bezüglich ihrer Höhe einen wohl begründeten Posten in der Buchführung der Beschwerdeführerin und sind daher auch bei der Einkommensteuerveranlagung in dieser Bedeutung zu würdigen.

Urteil vom 14. Novbr. 1906 in der Einkommensteuer-Rechtsbeschwerdes. der Aktiengesellschaft „Salzwerk H.“.

8.

Einkommensteuerpflicht der Gewinnvorträge auf neue Rechnung.

Aus den Gründen:

Der auf neue Rechnung vorgetragene Betrag von 18 145 M. bildet, wie in der angefochtenen Entscheidung zutreffend ausgeführt ist, einen Teil der geschäftlichen Ueberschüsse im Sinne des Art. 16 Abs. 1 des Gesetzes, die von der Beschwerdeführerin im Jahre 1904 innerhalb ihres württembergischen Gewerbebetriebs erzielt worden sind. Die Steuerpflicht dieses Gewinnvortrags wird in der angefochtenen Entscheidung damit begründet, daß er eine Vermehrung des Vermögens der Beschwerdeführerin in sich begreife, möge man nun in dem Vortrag auf neue Rechnung eine Verbesserung oder Erweiterung des Geschäfts oder die Bildung eines Reservefonds erblicken. Der § 261 des Handelsgesetzbuchs schreibt vor, daß der Betrag des Grundkapitals und der Betrag eines jeden Reserve- und Erneuerungsfonds unter die Passiva der Bilanz aufzunehmen sind und daß der aus der Vergleichung sämtlicher Aktiva und sämtlicher Passiva sich ergebende Gewinn oder Verlust am Schlusse der Bilanz besonders angegeben werden muß; nach § 213 des Handelsgesetzbuchs haben die Aktionäre, solange die Gesellschaft besteht, Anspruch auf den gesamten jeweils in einem Geschäftsjahr erzielten Reingewinn, soweit dieser nicht nach dem Gesetz oder dem Gesellschaftsvertrag von der Verteilung ausgeschlossen ist, und wenn nach § 260 die Generalversammlung über die Genehmigung der Jahresbilanz und über die Gewinnverteilung beschließt, so hat sie hiebei die Vorschriften der Gesetze und der Statuten einzuhalten (vgl. Staub, Kommentar 6. und 7. Auflage Band I S. 644, 803, 811). Aus diesen Bestimmungen ergibt sich, daß die Generalversammlung die Aufgabe und die Verpflichtung hat, über die Verteilung des gesamten Jahresgewinns Beschluß zu fassen und den ge-

samten Jahresgewinn, soweit er nicht für die Bedürfnisse der Gesellschaft erfordert wird, unter die Aktionäre zu verteilen. Soweit der Generalversammlung die Befugnis zusteht, den Jahresgewinn — abgesehen von dem gesetzlichen Reservefonds — zu einer Vermehrung des Vermögens der Gesellschaft zu verwenden, vollzieht sich dieser Vorgang nach gesetzlicher Vorschrift in der Bildung von Reservefonds oder, sofern eine Ausscheidung und besondere Verwaltung der hiezu bestimmten Vermögenswerte nicht nötig ist, besser gesagt in der Anordnung von Reservekonten. Von einem „Gewinnvortrag" ist im Handelsgesetzbuch nirgends die Rede; insbesondere ist die Generalversammlung durch das Handelsgesetzbuch nicht zur Anordnung von Gewinnvorträgen ermächtigt, die eine Schmälerung des Dividenden-Anspruchs der Aktionäre in sich schließen und daher, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag abweichende Bestimmungen enthält, der Anfechtung seitens der Aktionäre unterliegen würde. Wenn nun eine Generalversammlung, ohne sich streng an die handelsrechtlichen Vorschriften zu binden, anstatt der Bildung eines nicht auf eine bestimmte Aufgabe beschränkten freiwilligen Reservekontos bei der Bilanzfeststellung und der Beschlußfassung über die Gewinnverteilung einen Gewinnvortrag auf neue Rechnung anordnet, so verfolgt und erreicht sie damit wirtschaftlich denselben Zweck: ein bestimmter Teil des Jahresgewinns wird der Verteilung unter die Aktionäre entzogen und auf unbestimmte Dauer ohne feste Zweckbestimmung in Vermehrung des Vermögens der Gesellschaft in der Art zurückbehalten, daß eine künftige Generalversammlung darüber nach Belieben Verfügung treffen kann. Damit sind die wesentlichen Merkmale des Reservefonds im handelsrechtlichen und steuerrechtlichen Sinne gegeben, und wenn auch die für eine solche Verfügung vom Handelsgesetzbuch vorgeschriebene bilanzmäßige Form nicht eingehalten ist, so kann diese formelle Inkorrektheit nicht im Wege stehen, einen derartigen Gewinnvortrag in derselben Weise, wie einen freiwilligen Reservekonto ohne Zweckbestimmung auf Grund des Art. 16 Abs. 1 des Ein-

kommensteuergesetzes zur Einkommensteuer heranzuziehen; denn ein derartiger Gewinnvortrag ist nichts anderes als ein versteckter, ein verschleierter Reservekonto. Hiernach ist die vom K. Finanzministerium vertretene Steuerpflicht des Gewinnvortrags grundsätzlich und für die Regel als zutreffend anzuerkennen.

Einer Ausnahme kann jedoch die Berechtigung nicht versagt werden. Die völlige Verteilung des verfügbaren Reingewinns unter die Aktionäre ist regelmäßig schwierig und unbequem, da der Betrag des Reingewinns meist nicht durch die Zahl der Dividendenscheine genau teilbar ist. Es hat sich daher ein feststehender Handelsbrauch gebildet, wonach die Dividende nur in Prozenten oder bequemen Bruchteilen von Prozenten (regelmäßig nur 1/2 Prozent) festgesetzt und der so verbleibende Gewinnrest auf neue Rechnung in der Art vorgetragen wird, daß er in der nächstjährigen Gewinn- und Verlustrechnung den ersten Einnahmeposten bildet (vgl. Staub a. a. O. S. 811, Simon, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften S. 247/9, Rehm, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften S. 668/9, Sames, in der Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, Jahrgang 1905 S. 206). Nach diesem Handelsbrauch, dem die Kraft eines Handelsgewohnheitsrechts zukommt, ist die Aktiengesellschaft nicht verpflichtet, eine andere als eine runde Dividende zu verteilen und zugleich berechtigt, den sich daraus ergebenden Gewinnrest auf die Gewinn- und Verlustrechnung des nächsten Geschäftsjahres zu übertragen. Eine Folge dieser Buchung ist, daß die fraglichen Gewinnreste nicht nur von der Verteilung unter die Aktionäre, sondern zugleich auch von einer Vermehrung des Gesellschaftsvermögens ausgeschlossen sind; sie dienen nicht der Verstärkung des Grundstockvermögens, des Anlage- und Betriebskapitals der Gesellschaft, sondern vermehren die laufenden Einnahmen, die Betriebseinnahmen des neuen Geschäftsjahrs, bilden einen Aktivposten in der Betriebsrechnung des nächsten Jahres. Steuerpflichtig sind aber nach Art. 16 Abs. 1 nur die Zu-

gänge, die eine Vermehrung des auf eine gewisse Dauer berechneten Vermögens der Aktiengesellschaft bezwecken, dagegen nicht die wechselnden veränderlichen Einnahmen des Betriebs, auch wenn sie vorübergehend eine Vermögensvermehrung in sich schließen; für die Einkommensbesteuerung kommen diese Einnahmen nicht vereinzelt für sich, sondern nur mit dem Ergebnis, das der Betrieb am Schlusse des Geschäftsjahrs unter Berücksichtigung der den Betriebseinnahmen gegenüberstehenden Betriebsausgaben liefert, in Betracht. Es ist eine in der preußischen Rechtsprechung bei wesentlich gleicher Rechtslage ausdrücklich anerkannte Regel, auf die auch bei den Beratungen des württembergischen Einkommensteuergesetzes mehrfach hingewiesen worden ist (vgl. Fuisting, Einkommensteuergesetz 6. Auflage S. 231/2), daß eine den handelsrechtlichen Vorschriften entsprechende Bilanzaufstellung und Gewinnverteilung auch für die Besteuerung maßgebend ist, daß die wirtschaftliche Bedeutung, welche den einzelnen Posten nach einer den gesetzlichen Vorschriften und den Usancen entsprechenden Bilanzfeststellung und Gewinnverteilung zukommt, auch von den Steuerbehörden beachtet werden muß. Von diesem Standpunkt aus ergibt sich die Steuerfreiheit des in Frage stehenden Postens, weil er gemäß dem durch einen Handelsbrauch gedeckten Beschluß der Generalversammlung weder unter die Aktionäre verteilt, noch zu einer Vermehrung des Vermögens bestimmt, sondern den Betriebseinnahmen des künftigen Geschäftsjahrs überwiesen worden ist. Bezüglich dieses Postens fehlt daher der Nachweis, daß er zu einem steuerpflichtigen Zweck im Sinne des Art. 16 Abs. 1 des Gesetzes verwendet worden ist.

Wird die Steuerfreiheit der sogenannten Gewinnvorträge auf den im Vorstehenden bezeichneten besonders gearteten Fall beschränkt, so ist ihre praktische Tragweite nicht erheblich und ein Mißbrauch nicht angängig: einerseits handelt es sich nur um verhältnismäßig geringfügige Teile der den Aktiengesellschaften zur Verfügung stehenden Jahresgewinne und andererseits bewirkt die Ueberweisung dieser Teile

an die Betriebsrechnung des nächsten Jahres eine entsprechende Steigerung der nächstjährigen Ueberschüsse und damit auch des sie treffenden Einkommensteuerbetrags.

In Uebereinstimmung mit der hier vertretenen Auffassung dürfte die preußische Verwaltungspraxis stehen; in der Ausführungsanweisung zum Preußischen Einkommensteuergesetz vom 6. Juli 1900 Art. 27 Nr. 4 ist nämlich bestimmt: „bei der Ermittelung des steuerpflichtigen Einkommens bleiben außer Berechnung die unverteilten auf neue Rechnung des künftigen Jahres vorgetragenen Gewinnreste, insofern darin nicht im Einzelfalle die Bildung eines Reservefonds im Sinne der Nr. 3 Abs. 1 zu finden ist". Die Rechtsprechung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts hat geschwankt: eine Entscheidung vom 28. April 1894 (Entsch. Bd. 3 S. 33) stellt sich auf den Standpunkt des Art. 27 Nr. 4 der Ausführungsanweisung und begründet die Steuerpflicht des in Frage stehenden Gewinnvortrags damit, daß es sich dabei nicht um solche Gewinnteile handle, die lediglich im Interesse der Erleichterung der Berechnung in dem Jahre, in dem sie verdient sind, außer Betracht gelassen werden, sondern daß damit eine Vermehrung des Kapitals der Gesellschaft für künftige Zwecke angestrebt werde; in einer Entscheidung vom 30. September 1896 (Entsch. Bd. 5 S. 211) werden die Gewinnvorträge grundsätzlich für steuerpflichtig erklärt unter Zulassung einer Ausnahme für die aus praktischen Rücksichten unverteilt gebliebenen und auf neue Rechnung vorgetragenen Gewinnreste; dagegen ist in zwei Entscheidungen vom 3. April 1901 und vom 2. Juli 1902 (Entsch. Bd. 10 S. 276 und 278) die Steuerpflicht der Gewinnvorträge ohne Rücksicht auf ihren Betrag und ihren Entstehungsgrund anerkannt.

Urteil vom 14. Novbr. 1906 in der Rechtsbeschwerdes. der AG. „Verein. Filzfabriken" in G.

9.

Einkommensteuerpflicht außergewöhnlicher Holznutzungen.

Aus den Gründen:

Der Beschwerde kann nach Lage der Gesetzgebung eine Folge nicht gegeben werden. Der bezüglich seiner Steuerpflicht bestrittene Holzerlös im Betrage von 30 750 Mk. aus dem Rechnungsjahr 1904 fällt unter den Begriff des Reinertrags aus dem forstwirtschaftlichen Betriebe im Sinne des Art. 12 Abs. 2 Ziff. 1 des Einkommensteuergesetzes, sofern in diesen nach der ausdrücklichen Vorschrift des Gesetzes auch — abgesehen von schädigenden Naturereignissen — die Ergebnisse außergewöhnlicher Nutzungen einzurechnen sind; im vorliegenden Falle stellt sich der fragliche Holzerlös als eine derartige außergewöhnliche Nutzung dar. Nach dem Wortlaut und nach der Entstehungsgeschichte der maßgebenden gesetzlichen Bestimmung ist für die Besteuerung lediglich der tatsächliche Ertrag des Vorjahrs entscheidend, ohne Rücksicht darauf, ob in dem Wirtschaftsplan eine Aenderung gegen früher eingetreten und dadurch ein höherer Ertrag erzielt worden ist. In dem § 13 des preuß. Einkommensteuer-Gesetzes vom 24. Juni 1891, dem der Art. 12 des württemb. Einkommensteuer-Gesetzes entspricht, ist bei nicht verpachteten Besitzungen der durch die eigene Bewirtschaftung erzielte Reinertrag für steuerbar erklärt; dieser allgemeinen Bestimmung ist durch den Art. 13 der Ausführungsanweisung des Finanzministers vom 6. Juli 1900 die Auslegung gegeben, daß bei Berechnung des steuerpflichtigen Einkommens aus Forsten in Einnahme zu stellen ist — unter Abzug der Betriebsausgaben — der Erlös für die in dem maßgebenden Zeitraum aus dem regelmäßigen, wenn auch infolge früherer Aufsparung verstärkten Abtriebe und aus den Zwischen- und Nebennutzungen erzielten Produkte, wogegen außer Anrechnung bleiben die Ergebnisse aller außergewöhnlichen, d. h. solcher

Abtriebe, welche als eine Verminderung des Holzbestandkapitals anzusehen sind. Auf Grund dieser Bestimmung ist auf steuerlichem Gebiete die preußische Verwaltung und Rechtsprechung auf eine Beachtung des forsttechnischen Begriffs des Holzbestandkapitals angewiesen (vgl. Fuisting, Preußisches Einkommensteuergesetz 6. Auflage S. 171 ff.). Den sich dabei ergebenden Schwierigkeiten wollte das württemb. Einkommensteuer-Gesetz aus dem Wege gehen und hat daher den tatsächlichen Ertrag des Vorjahrs ohne Rücksicht auf die Stärke der Nutzung und auf die Folgerungen, die sich aus der Theorie des Holzbestandkapitals ergeben, für ausschließlich maßgebend erklärt. Es kann dahingestellt bleiben, ob mit dieser Anordnung die von der Beschwerdeführerin gerügten Mängel und Härten in vollem Umfange verknüpft sind, jedenfalls läßt das Gesetz eine andere Auslegung nicht zu (vgl. Göz, Einkommensteuergesetz Seite 164/5); in dieser Beziehung wird auf die durchaus zutreffenden und erschöpfenden Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung hingewiesen.

Urteil vom 14. Novbr. 1906 in der Einkommensteuer-Rechtsbeschwerdes. der Hospitalstiftung B.

10.

Voraussetzungen der Ueberweisung von Rentenbeträgen an Krankenkassen bei der Unfallversicherung.

Aus den Gründen:

Die bekl. Berufsgenossenschaft erhebt als Berufungsklägerin zur Begründung ihrer Berufung in erster Linie den Einwand, die Klage hätte von der Krankenkasse nicht gegen sie, sondern gegen den Rentenberechtigten erhoben werden sollen. Sie habe am Ausgang des Streites kein Interesse, da sie im Falle ihrer Verurteilung die Leistung dem Rentenberechtigten aufrechne.

Dieser Einwand ist unbegründet.

Nach § 30 Abs. 2 des Unfallversicherungsgesetzes für Land- und Forstwirtschaft vom 30. Juni 1900, RGesBl. S. 641, ist einer Krankenkasse, die auf Grund gesetzlicher oder statutarischer Verpflichtung Unterstützungen für einen Zeitraum geleistet hat, für den dem Unterstützten nach Maßgabe des angeführten Gesetzes ein Entschädigungsanspruch an eine Berufsgenossenschaft zustand oder noch zusteht, seitens dieser Berufsgenossenschaft durch Ueberweisung von Rentenbeträgen Ersatz zu leisten.

Der § 30 des Unfallversicherungsgesetzes für Land- und Forstwirtschaft entspricht vollständig dem § 35 des Gewerbeunfallversicherungsgesetzes. Nach den auch für das erstere Gesetz gültigen Motiven des letzteren Gesetzes zu § 25, vgl. Gräf, Unfallversicherungsgesetze, II. Auflage, S. 105 ff., und Wödtke, Unfallversicherungsgesetz, V. Auflage, Anm. 5 S. 270, hat der § 30 Abs. 2 an Stelle des bisher in § 11 des Gesetzes vom 5. Mai 1886, RGesBl. S. 132 (§ 8 des Gewerbeunfallversicherungsgesetzes vom 6. Juli 1884, RGesBl. S. 69) vorgesehenen Uebergangs der Ansprüche der Versicherten auf die unterstützende Kasse einen Anspruch der letzteren selbst auf Ersatz ihrer Aufwendungen gesetzt. Da dieser Anspruch nach dem Gesetz durch die Ueberweisung von Rentenbeträgen zu verwirklichen ist, eine solche Ueberweisung aber nur von der Berufsgenossenschaft bewerkstelligt werden kann, ist sie als Schuldnerin des in § 30 Abs. 2 begründeten Ersatzanspruchs anzusehen. Dem entspricht auch die in § 31 gegebene Vorschrift, daß der Antrag auf Ueberweisung von Rentenbeträgen, also die Anmeldung des Ersatzanspruchs bei ihr anzubringen ist.

Auf dem Gebiete des Invalidenversicherungsgesetzes, dessen §§ 49, 50 die §§ 25, 26 des Gewerbeunfallversicherungsgesetzes und 30, 31 des Unfallversicherungsgesetzes für Land- und Forstwirtschaft nachgebildet sind (RGesBl. 1899 S. 463) und dessen Auslegung daher für die angeführten Unfallversicherungsgesetze ohne weiteres verwertbar ist, hat dies Rosin in seinem Recht der Arbeiter-Versicherung, Bd. II,

S. 1059, mit demselben Ergebnisse des näheren untersucht.

Es unterliegt demnach keinem Anstand, die Berufsgenossenschaft, wie der Unterrichter dies getan hat, als Beteiligte im Sinne des § 31 Abs. 2 des Unf.-Versicherungsgesetzes für Land- und Forstwirtschaft anzusehen und die angestellte Klage gegen sie zuzulassen. In Betracht zu ziehen ist hiebei allerdings etwas, das der Unterrichter übersehen hat, nämlich der Umstand, daß die Berufsgenossenschaft über die Ueberweisung der Rente zwar zu erkennen hat, dabei aber an die Zustimmung des Rentenberechtigten gebunden ist. Diese Gebundenheit ist nun zwar nicht so aufzufassen, als ob die Berufsgenossenschaft lediglich Anmelde- und Zahlstelle wäre, es steht ihr vielmehr ein selbständiges Prüfungsrecht des erhobenen Ersatzanspruchs zu ohne Rücksicht auf die Stellungnahme des Rentenberechtigten, der ja seine Ansprüche nach § 102 Abs. 1 Ziff. 3 des Gesetzes nur insoweit übertragen kann, als ein Ersatzanspruch gesetzlich begründet ist. Die Berufsgenossenschaft ist aber doch insoweit an die Zustimmung des Rentenberechtigten gebunden, als sie ihm ohne diese einen Abzug an seiner Rente zur Deckung des erhobenen Ersatzanspruchs nicht machen kann. Insofern kann die Klage gegen die Berufsgenossenschaft unter Uebergehung des Rentenberechtigten allerdings nicht zum Ziele führen. Ist der Rentenberechtigte aber mit der Ueberweisung einverstanden, so scheidet er als Beteiligter aus dem Streite aus und die Berufsgenossenschaft steht der Krankenkasse allein gegenüber [1]).

Dies trifft im vorliegenden Fall zu. Die Klägerin hat mit der Urkunde vom 7. Mai 1906 — Beruf.-Akten 6 — den Nachweis erbracht, daß der Rentenberechtigte in die Ueberweisung einwilligt. Daß dieser Nachweis erst in der Berufungsinstanz erbracht worden ist, hat auf die Gültigkeit des Verfahrens I. Instanz keinen Einfluß, wie der K. Verwaltungsgerichtshof in einem ähnlichen Falle (Berufungs-

[1]) Vgl. Entscheidungen des Bayer. Verwaltungsgerichtshofs vom 14. November 1904, Reger, III. Erg.-Bd. S. 185.

sache der Ortskrankenkasse Möhringen gegen die Brauerei- und Mälzereiberufsgenossenschaft, Urteil vom 6./13. Juli 1904) schon ausgesprochen hat.

Den weiteren und eigentlichen Streitpunkt hat der Unterrichter richtig darauf abgestellt, daß es sich um die Frage handelt, ob die Klägerin nur den Rentenanteil, der auf den Zeitraum, für welchen Unterstützung geleistet wurde, also auf die Zeit vom 4. bis 15. Oktober entfällt, anzusprechen hat, wie die Beklagte behauptet, oder ob der Ersatzanspruch nach § 30 Abs. 4 lediglich durch den hälftigen Betrag der für drei Monate gewährten Rente begrenzt ist, wie die Klägerin behauptet.

Auch hierin ist der Streit mit dem Unterrichter zu gunsten der Klägerin zu entscheiden.

Die Beklagte macht geltend, das frühere Recht habe in § 11 des landwirtschaftlichen Unfallversicherungsgesetzes vom 5. Mai 1886 die Rechtsnachfolge der Krankenkassen auf diejenigen Rententeile beschränkt, die auf dieselben Zeiträume entfallen, für welche die Krankenkassen Unterstützung geleistet haben, und es ist der Beklagten zuzugestehen, daß diese Auffassung der allgemein geübten Auslegung des § 11 genannten Gesetzes und § 8 des Gewerbe-Unfall-Versicherungsgesetzes vom 6. Juli 1884 entspricht. Für die geltende Gesetzgebung trifft diese Auffassung jedoch nicht mehr zu. § 30 Abs. 4 des Unfallversicherungsgesetzes für Land- und Forstwirtschaft vom 30. Juni 1900 bestimmt, daß als Ersatz für die von einer Krankenkasse geleistete vorübergehende Unterstützung höchstens drei Monatsbeiträge der Rente und zwar mit nicht mehr als der Hälfte in Anspruch genommen werden können. Daß diese drei halben Monatsbeträge mit der geleisteten Unterstützung zeitlich sich decken müßten, bestimmt das Gesetz nicht und es kann auch aus § 30 Abs. 2 („wenn Unterstützungen für einen Zeitraum geleistet werden, für welchen dem Unterstützten ein Entschädigungsanspruch zustand oder noch zusteht") nicht gefolgert werden, daß nur Ersatz zu leisten wäre durch Ueberweisung von Rentenbeträgen für einen

der Unterstützungszeit entsprechenden Zeitraum. Aus den Motiven zum Gewerbeunfallversicherungsgesetz geht im Gegenteil hervor, daß eben durch die Umwandlung des Anspruchs der Kasse aus einem Uebergangsanspruch in einen Ersatzanspruch das Erfordernis eines derartigen sich Deckens beseitigt werden wollte[1]), und weiter erhellt aus den Motiven zu § 49 des Invalidenversicherungsgesetzes, der, wie schon oben angeführt, dem § 30 des Unfallversicherungsgesetzes für Land- und Forstwirtschaft entspricht, daß ebenso die unbedingte Gleichheit des Unterstützungszeitraums und der haftbaren Rentenperiode beseitigt ist[2]).

Dieser Auffassung haben sich auch das preußische und sächsische Oberverwaltungsgericht angeschlossen[3]).

Urteil vom 21. November 1906 in der Beruf.-Sache der ldw. BG. f. d. württ. .. Kreis gegen die Zentral-Kranken-ꝛc.Kasse der ꝛc. in H.

---

[1]) Vgl. Gräf und Wödtke a. a. O.

[2]) Rosin, Recht der Arbeiterversicherung, II. Bd., § 57, Ziff. 3, S. 1061, Motive zum Invalidenversicherungsgesetz zu § 35 Abs. 2 des Entwurfs, 10. Legisl.-Periode, I. Session, Drucksache Nr. 93.

[3]) Arbeiterverf. 1904, S. 367, Reger, III. Erg.Bd., S. 475, Sächs. Jahrbücher, V. Bd. S. 309, Arb.Vers. 1905, S. 698.

IV.

Abhandlung.

Zur Frage der Ausstellung von Quittungskarten.

Von Amtsrichter Dr. Gebhardi in Ravensburg.

Ein Fall aus der Strafrechtspraxis gibt Anlaß zu nachstehenden Bedenken.

Der Angeklagte hatte in zwei Fällen durch Angabe eines ihm nicht zukommenden Namens bewirkt, daß für ihn ausgestellte Quittungskarten (der Invaliditäts-Versicherung) auf einen falschen Namen lauteten. Eine hiewegen wider ihn aus § 271 StGB. erhobene Anklage führte zur Freisprechung auf Grund von Bedenken, welche in beiden Fällen bezüglich der Frage bestanden, ob die Personen, welche die Quittungskarten ausgestellt hatten, als zuständig hiefür angesehen werden können. In beiden Fällen hatte nämlich der Beamte, zu dessen Dienstobliegenheiten die Ausstellung der Quittungskarte gehört, den Eintrag auf diesen nicht selbst vollzogen, sondern dessen zu seiner Vertretung in dieser Richtung kraft eines Akts der Staatsgewalt nicht berufener Gehilfe. Inwieweit in beiden Fällen der Beamte bei der Ausstellung der Quittungskarte mitgewirkt, hatte sich nicht genau feststellen lassen.

Nach § 134 des Invalidenversicherungs-Gesetzes vom 13. Juli 1899 in der am 19. Juli 1899 verkündigten Fassung „erfolgt die Ausstellung der Quittungskarten durch die von der Landeszentralbehörde bezeichnete Stelle“. Von dieser Stelle, welche in Württemberg nach der Verf. des Min. des Innern betr. den Vollzug des Inv.Verf.Ges. d. d. 25. November 1899 durch das Ministerium des Innern wahrgenommen wird, wurde in § 37 der cit. Min.Verfügung be-

stimmt, daß Ausstellung und Umtausch der Quittungskarten durch die Ortsbehörde für Arbeiterversicherung erfolge. Nach § 1 der Verf. des Min. des Innern betr. Wahrnehmung der Geschäfte zum Vollzug der Arbeiterversicherungsgesetze d. d. 18. Juni 1890 aber ist „Ortsbehörde für die Arbeiterversicherung i. S. der Invaliditäts- und Altersversicherung in der Regel der Ortsvorsteher, wenn aber in Gemäßheit des Gesetzes vom 13. Mai 1890 für die örtlichen Geschäfte der Arbeiterversicherung ein besonderer Gemeindebeamter bestellt ist, dieser letztere". Spezielle Bestimmungen hinsichtlich der Vertretung dieser Beamten in ihrer Eigenschaft als Organe der Invalidenversicherung sind nicht gegeben, als ihre Stellvertreter können sonach nur wirksam in Funktion treten, der ordentliche Stellvertreter des Ortsvorstehers oder ein bei der Bestellung eines besonderen Gemeindebeamten vorgesehener Vertreter.

Außer Zweifel und vom RG. wiederholt ausgesprochen ist, daß die Qittungskarte eine „öffentliche Urkunde" darstellt (vgl. RG. Bd. 23, S. 178 und S. 335). Nun sind aber nach der auch hier einschlägigen Definition der CPO. in § 415 öffentliche Urkunden solche, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugedachten Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind. Weiter spricht sich das RG. dahin aus, daß, wenn man auch diejenigen Urkunden als von einer öffentlichen Behörde aufgenommen gelten lassen wolle, welche von einem Organ oder Beamten dieser Behörde ausgestellt sind, doch die Befugnis des betreffenden Beamten, als Organ der Behörde zu handeln, auf der gesetzlichen Einrichtung der letzteren und auf der dauernden oder vertretungsweisen Uebertragung des Amts an die handelnde Person beruhen müsse. Quittungskarten, welche sich als öffentliche Urkunden i. S. des § 271 StGB. darstellen, vermögen also nur auszustellen, die Ortsvorsteher, die hiezu bestellten besonderen Gemeindebeamten und in Ermanglung eigens hie-

zu bestimmter, die ordentlichen Stellvertreter dieser Beamten.

Was den Begriff des „Ausstellens" der Quittungskarte betrifft, so ist ein für die rechtswirksame Entstehung der Urkunde ausschlaggebender Akt, wie z. B. Unterschrift durch den zuständigen Beamten nicht vorgeschrieben, so daß es an einem solchen rein äußerlichen allgemeinem Kriterium fehlt. Es ist vielmehr von Fall zu Fall zu entscheiden, ob nach Lage der Umstände die Ausstellung ordnungsmäßig, insbes. durch den zuständigen Beamten erfolgt ist. Hier ist vorweg zu sagen, daß der Begriff der „Ausstellung" durch den zuständigen Beamten nicht so zu verstehen ist, daß verlangt werden müßte, daß dieser Beamte jeweils eigenhändig die Einträge in die Quittungskarten vollziehe, wie auch unter den Begriff der Ausstellung nicht lediglich die Bewirkung des Eintrags fällt, sondern auch mitinbegriffen ist die nach Maßgabe der §§ 1 und 4—8 des Inval.Vers.Ges. erforderliche Prüfung, sowie insbesondere bei Ausstellung der 1. Karte, eine, wenn auch nur summarische, Prüfung der Legitimation des Gesuchstellers. Ob und inwieweit etwa in dieser Richtung den betreffenden Beamten Instruktionen von seiten der vorgesetzten Dienstbehörden erteilt sind, ist für diese Ausführung belanglos.

Unerläßlich für das Zustandekommen der Quittungskarte als öffentlicher Urkunde i. S. des § 271 StGB. ist in jedem Falle, daß der zuständige Beamte, wenn er sich bei Ausstellung der Karte die Unterstützung eines — zu seiner rechtswirksamen Vertretung nicht befugten — Gehilfen bedient, hiebei mitgewirkt hat. Maßgebend für die Frage, ob im einzelnen Fall die Quittungskarte als von dem zuständigen Beamten ausgestellt anzusehen ist, bleibt die Art und der Umfang dieser Mitwirkung. Nur dann, wenn die Mitwirkung eine solche war, daß dieser Beamte die maßgebende Tätigkeit bei dem Zustandekommen (dem Ausstellen im weiteren Sinn) entfaltet hat, daß die Quittungskarte als unter seiner autoritativen Mitwirkung entstanden anzusehen ist, wohnt ihr die Qualität einer öffentlichen Urkunde i. S. des § 271 StGB. inne.

Nun ist bei der Verhandlung des erwähnten Falls zutage getreten, daß an manchen Orten auf seiten der als Ortsbehörde für die Arbeiterversicherung fungierenden Beamten die Gepflogenheit besteht, sich in mehr oder minder weitgehender Weise der Mitwirkung ihrer Gehilfen zu bedienen, manchmal in dem Maße, daß die Ausstellung der Karte diesen allein überlassen bleibt, und es scheint, daß bei der geschäftlichen Belastung der in Frage stehenden Beamten bezw. eines Teils derselben diese Mitwirkung ihrer Gehilfen nicht wohl zu umgehen ist. Da nun aber nach dem oben Ausgeführten diese Gehilfen weder auf Grund ihrer Dienststellung noch auf Grund einer besondern Uebertragung dieser Funktion von zuständiger Seite zur selbständigen Ausstellung der Quittungskarten befugt sind, so folgt, daß es an dem Tatbestandsmerkmal der öffentlichen Urkunde nach § 271 StGB. in all denjenigen Fällen mangelt, in welchen nicht dasjenige Maß der Mitwirkung auf seiten des zuständigen Beamten mit Sicherheit festgestellt werden kann, das erforderlich ist, um die Quittungskarte als unter seiner Autorität ausgestellt erscheinen zu lassen. In diesen Fällen ergibt sich dann das strafrechtlich unbefriedigende Resultat, daß eine Bestrafung der durch die Täuschung (des Gehilfen) bewirkten falschen Beurkundung nicht erfolgen kann, obwohl im übrigen der Tatbestand des § 271 StGB. zweifelsfrei vorliegt. Eine Bestrafung nach § 360 Ziff. 3 StGB. aber ist ausgeschlossen, weil es hier ebenfalls an dem Erfordernis fehlt, daß die Tat einem zuständigen Beamten gegenüber begangen ist, die Strafbestimmung des § 363 StGB. endlich ist nach ergangenen Entscheidungen des Reichsgerichts z. B. Bd. 24 Nr. 348 ausgeschlossen.

Auf die für die Strafrechtspflege aus der obenerwähnten Praxis der Ortsbehörden für die Arbeiterversicherung erwachsenden Unzuträglichkeiten hinzuweisen ist der Zweck dieser Ausführung.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

19.

**1. Begründung der Wohnsitzes eines Geisteskranken.
2. Zurückweisung einer Sache an das Gericht I. Instanz, das von Amtswegen eine Klage in einer Ehesache wegen Unzuständigkeit abgewiesen hat?**

In den

Gründen

eines Berufungsurteils in einer Ehesache ist ausgeführt:

Sachlich und örtlich zuständig für einen Scheidungsprozeß ist ausschließlich die Zivilkammer des Landgerichts, bei welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand also in erster Linie seinen Wohnsitz hat, s. § 70 GVG. §§ 606 Abs. 1, 13 CPO.

Die Zuständigkeit des von der Klin. angerufenen Gerichts hängt somit davon ab, ob für den geisteskranken Bekl. infolge der am 27. März 1902 geschehenen Verbringung aus O. in die im Bezirk des gedachten Gerichts gelegenen Heilanstalt Z. ein Wohnsitz daselbst begründet worden ist. Die Frage, die in Ermanglung einer besonderen Vorschrift über den Wohnsitz der in einer Irrenanstalt untergebrachten Personen nach Maßgabe des § 8 BGB. beantwortet werden

muß, war im Gegensatz zu der Auffassung des Unterrichters zu bejahen.

Nach dem erwähnten § 8 ist für Begründung und Aufhebung des Wohnsitzes einer geschäftsunfähigen Person neben dem Vorhandensein von Umständen, die begriffsgemäß zur Begründung eines Wohnsitzes als einer ständigen Niederlassung (§ 7 BGB.) erforderlich sind, der Wille des gesetzlichen Vertreters maßgebend [1]).

Daß objektiv Anlaß und die Voraussetzungen für eine ständige Wohnsitznahme des Bekl. in Z. vorlagen, kann nicht wohl bestritten werden. Schon während des Entmündigungsverfahrens hat sich eine ständige Pflege und die Verbringung des Bekl. in eine Heilanstalt als notwendig erwiesen. Nachdem sodann durch den Sachverständigen im Entmündigungsverfahren und im Einklang hiemit von dem Anstaltsdirektor Dr. K. ausgesprochen war, daß eine Besserung im Zustand des Bekl. voraussichtlich nicht mehr eintreten werde, war von einer dauernden Pflegebedürftigkeit auszugehen und damit dem Vormund die Notwendigkeit einer ständigen Unterbringung in einer Heilanstalt nahegelegt. Daß letztere und damit zugleich die Begründung einer dauernden Niederlassung des Bekl. in der Anstalt auch von dem Vormund gewollt und beabsichtigt war, erhellt nun zwar nicht ohne weiteres aus der V e r b r i n g u n g dorthin [2]), wohl aber aus dieser in Verbindung mit den sonstigen bereits hervorgehobenen Umständen, selbst wenn eine ausdrückliche Erklärung in dieser Beziehung nicht erfolgt sein sollte. Hienach hat der Vormund im Bewußtsein, daß der voraussichtlich unheilbare Zustand seines Mündels zu dessen Lebensexistenz die fortgesetzte Verpflegung in der Heilanstalt erfordert, den Bekl. dorthin verbracht, seit Jahren daselbst belassen und damit — ganz abgesehen von der nachträglich im Prozeß abgegebenen ausdrücklichen Erklärung — mit aller Deutlichkeit zu erkennen gegeben, daß er die Anstalt als den stän-

[1]) S. Motive z. EBGB. I S. 72.

[2]) S. S ö r g e l, Rechtsspr. 1900 S. 4 zu § 8 BGB.

digen Wohnsitz des Bekl. betrachte und sie dazu bestimmt habe [1]).

Daß die Vormundschaftsführung und der Sitz der Vermögensverwaltung zu O. für die Frage des **Wohnsitzes** des Bekl. ohne Bedeutung ist, bedarf keiner Ausführung [2]).

Ist aber nach dem Ausgeführten ein Wohnsitz des Bekl. in Z. und damit die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts begründet, so folgt hieraus die Aufhebung des erstrichterlichen Urteils. Doch ist hiemit, da der Bekl. die prozeßhindernde Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts (§ 274 Nr. 1 CPO.) nicht geltend gemacht hat, die Klage vielmehr von Amts wegen angebrachtermaßen abgewiesen worden ist, der herrschenden Ansicht nach nicht zugleich eine Zurückverweisung der Sache an das Gericht I. Instanz in Gemäßheit des § 538 Ziff. 2 CPO. **geboten** [3]).

Dagegen enthält der Umstand, daß die Klage zu Unrecht wegen Unzuständigkeit abgewiesen worden ist, einen wesentlichen Mangel des Verfahrens, der nach § 539 CPO. neben der Aufhebung des Urteils zur Zurückverweisung der Sache in die vorige Instanz **berechtigt**.

Zwar besagt § 539 nicht, was unter einem wesentlichen Mangel des Verfahrens zu verstehen sei, die Motive verweisen jedoch auf die Fälle des § 551 als Beispiele, so daß also ein wesentlicher Mangel insbesondere dann vorliegt, wenn in irgend einem Punkt gegen § 551 verstoßen ist. Nach Nr. 4 des § 551 wird aber eine Entscheidung stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend angesehen, wenn das Gericht seine Zuständigkeit oder Unzuständigkeit mit Unrecht angenommen hat.

Urteil des III. CS. vom 23. Nov. 1905 i. S. Tresz. g. Tresz.

---

[1]) S. **Planck**, Kom.-Bem. zu § 8 BGB. Abs. 2, Motive a. a. O.

[2]) S. **Seuff** A. Bd. 55 Nr. 64; Bd. 43 Nr. 174.

[3]) S. **Gaupp-Stein**, Bem. zu § 538 bei Note 15; RG. Bd. 27 S. 347; 34 S. 397.

20.

Sicherheitsleistung durch Bestellung einer Sicherheitshypothek.

Die Bekl., Alleinerbin der Witwe K., hat sich den Erben des vorverstorbenen Ehemanns der K. gegenüber verpflichtet, ihnen den Betrag von 2000 Mk., aber nicht vor 2 Jahren, zu bezahlen, und hiefür durch Eintragung einer Sicherheitshypothek auf ihrem in H. gelegenen Wohnhaus Sicherheit zu leisten. Bekl. ließ diese Sicherungshypothek hinter Hypotheken im Betrag von 53500 Mk. auf dem zu 54400 Mk. geschätzten Haus bestellen. Ki., einer der Erben des Ehemanns K., hat Klage erhoben mit dem Antrag, die Bekl. für schuldig zu erklären, eine den Bestimmungen des Art. 68 AGBGB. entsprechende Sicherungshypothek auf dem Haus zu bestellen. Nachdem der Rechtsstreit in der Hauptsache durch Vergleich erledigt war, hat das OLG. die Bekl. zur Tragung der Prozeßkosten verurteilt.

Gründe.

I. Die Bekl. bestreitet nicht und sie kann es nach Inhalt des Notariatsprotokolls vom 30. Mai 1904 nicht bestreiten, daß sie dem Kl. gegenüber die Verpflichtung übernommen hat, ihm für seine, auf ihrer Verpflichtungserklärung vom genannten Tag beruhende, nach Grund und Betrag nicht bestrittene Abfindungsforderung durch Bestellung einer Sicherungshypothek auf ihrem, in H. gelegenen Wohnhaus Sicherheit zu leisten. Nun hat sie ja allerdings dem Kl. (u. seinen Miterben am Nachlaß des K.) eine Sicherungshypothek auf ihrem H.er Anwesen an letzter Stelle bestellt, aber eine Sicherheit dafür, daß er an seinem Guthaben keinen Ausfall erleiden werde, hat diese Hypothek dem Kl. in keiner Weise gewährt; denn daß die im Jahr 1895 noch zu 40400, im Jahr 1901 (vielleicht nach baulichen Verbesserungen) zu 54400 Mk. angeschlagene Liegenschaft, auf welcher die Hypothekbestellung erfolgt ist,

im Fall der Zwangsversteigerung nach Abzug der Zwangsvollstreckungskosten und der 53 500 Mk. Vorhypotheken nebst Zinsen zur Befriedigung des Kls. (u. seiner Miterben) keinen Pfennig übrig lassen würde, kann als sicher angenommen werden, die Bekl. hat daher ihre vertragsmäßig übernommene Pflicht, dem Kl. für seine Forderung Sicherheit zu leisten, nicht erfüllt. Diese Pflicht bestand noch zur Zeit der Klageerhebung und zur Zeit der Erlassung des Urteils I. Instanz, sie hat erst durch die vor dem Berufungsgericht erfolgte vergleichsweise Einigung der Parteien ihre Erledigung gefunden.

II. Die Bekl. ist der Meinung, auf den Inhalt und Umfang der vorgenannten Verpflichtuug sei der Umstand von Einfluß gewesen, daß der Bevollmächtigte des Kls. bei der Entgegennahme der Verpflichtungserklärung der Bekl. von den auf deren Anwesen bestehenden Hypotheken Kenntnis besessen habe. Sie behauptet nicht, daß bei der Verhandlung vom 30. Mai 1904 zwischen ihr und dem Bevollmächtigen des Kls. die bereits bestehende Hypothekbelastung auch nur mit einem Wort erwähnt worden sei. Was aber die angebliche Kenntnis des kläg. Bevollmächtigten von den bestehenden Hypotheken anlangt, so hat dessen eidliche Vernehmung ergeben, daß er zwar von dem Vorhandensein vieler Schulden und auch von dem Vorhandensein vieler Hypothekschulden wußte, daß er aber über das Maß der Hypothekbelastung des in Frage stehenden Grundstücks keinerlei nähere Kenntnis besaß. Er konnte auch nicht wissen, in welchem Maße etwa die Bekl. die Ablösung der am 30. Mai 1904 noch bestehenden Hypotheken bereits in die Wege geleitet hatte. Jedenfalls aber durfte er und der Kläger selbst, solange die Bekl. ihrerseits nicht einen abweichenden Vorbehalt machte, schon nach der Regel des § 242 BGB. darauf vertrauen, daß die Bekl. für die zugesagte Sicherungshypothek den zur Gewährung einer wirklichen Sicherheit nach der Auffassung des Verkehrs und

nach bestehenden gesetzlichen Vorschriften erforderlichen Rang freimachen werde.

III. Fehl gehen auch die Ausführungen des Gerichts I. Instanz darüber, daß der Klr. eine weitergehende, als die ihm tatsächlich bestellte Sicherungshypothek deshalb nicht habe verlangen können, weil „die Vertragschließenden für die Sicherheitsleistung einen bestimmten Gegenstand vereinbart" haben und der Kl. bezw. sein Vertreter nicht habe darauf rechnen können, daß dieser Gegenstand die gesetzliche Sicherheit bieten werde. Wäre allerdings dem Kl. und seinen Miterben etwa zugesagt gewesen, daß ihnen für ihre Forderung von 2000 Mk. auf einem den Wert von 2000 Mk. nicht erreichenden oder ihn nicht oder nur unerheblich übersteigenden Grundstück Sicherheit durch Bestellung einer Sicherungshypothek bestellt werden solle, so hätten sie (vorbehältlich der ihnen etwa unter dem Gesichtspunkt des Irrtums oder der Arglist zustehenden Rechtsbehelfe) nicht nachträglich eine weitere Sicherheit mit der Begründung verlangen können, daß das vereinbarungsgemäß bezeichnete Grundstück vermöge seines Sachwerts die erforderliche Sicherheit nicht biete; denn es wäre im Zweifel davon auszugehen, daß sie sich mit dem bestimmt bezeichneten Grundstück, von dessen Sachwert sie sich vor der Einigung hätten überzeugen können, als Sicherungsobjekt begnügt haben. Dieser Gesichtspunkt kann aber in bezug auf das zum Sicherungsobjekt bestimmte Wohnhaus, dessen Sachwert den Betrag der zu sichernden Forderung ja weit überstieg, nicht in Betracht kommen, der Kl. verlangte mit seiner Klage ja auch nicht, daß ihm außer diesem „für die Sicherheitsleistung bestimmten Gegenstand" noch ein weiteres Sicherungsobjekt zur Verfügung gestellt werde, sondern nur, daß ihm auf dem vereinbarungsgemäß bestimmten Sicherungsobjekt durch Hypothekbestellung eine wirkliche Sicherheit für seine Forderung gewährt werde.

IV. Ueber das Maß von Sicherheit, welches bei vertragsmäßig zugesagter Stellung einer Sicherungshypothek

verlangt werden kann, gibt das Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung.

In dem (dem jetzigen § 238 des Gesetzes entsprechenden) § 203 des 1. Entwurfs eines BGB.s war noch die Bestimmung vorgesehen: „Eine Hypothek (oder Grundschuld) ist zur Sicherheitsleistung nur geeignet, wenn sie den Voraussetzungen entspricht, unter welchen Mündelgelder in Hypotheken (oder Grundschulden) angelegt werden dürfen". Durch diese Fassung wäre zweifellos sowohl der Fall der „Bestellung von Hypotheken", als auch der Fall der „Verpfändung von Hypotheken" getroffen worden, welche beide in dem (dem jetzigen § 232 entsprechenden) § 199 des 1. Entwurfs als zulässige Arten der Sicherheitsleistung erwähnt waren. In der Begründung zu jenem § 203 war lediglich bemerkt: „Die Angemessenheit einer gleichmäßigen Regelung der Kautionsmäßigkeit und der mündelmäßigen Sicherheit der Hypotheken und Grundschulden ist augenfällig" [1]).

In der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs wurde (lt. Prot. Bd. 1 S. 268) „der seinem sachlichen Inhalt nach von keiner Seite beanstandete § 203 (des Entwurfs) gebilligt". Der auf Grund der Arbeiten der genannten Kommission ausgearbeitete sog. 2. Entwurf wiederholte dann auch in seinem § 202 den § 203 des 1. Entwurfs wörtlich [2]). Erst zufolge der nachträglichen Beschlüsse der von der Kommission für die 2. Lesung bestellten Redaktionskommission wurde dem § 202 des 2. Entwurfs die Fassung gegeben: „Eine Hypothekenforderung (eine Grundschuld oder eine Rentenschuld) ist zur Sicherheitsleistung nur geeignet, wenn sie den Voraussetzungen entspricht, unter welchen Mündelgelder in Hypothekenforderungen (Grundschulden oder Rentenschulden) angelegt werden dürfen. Eine Forderung, für die eine Sicherungshypothek besteht, ist zur Sicherheits-

[1]) Motive Bd. 1 S. 390 (unten) unter Ziff. 3.

[2]) Vgl. Reatz, Die 2. Lesung des Entwurfes eines BGB. Bd. 1 S. 102.

leistung nicht geeignet"[1]). Bei der nochmaligen Revision des Entwurfs erfolgte noch die Einfügung des Zusatzes: „nach den am Ort der Sicherheitsleistung geltenden Bestimmungen" (hinter dem Wort „Rentenschulden")[2]), und so war die Fassung fertig, in welcher der § den gesetzgebenden Faktoren zuging (vgl. je den § 232 der sog. „Bundesrats"- und der „Reichstagsvorlage") und in welcher er, ohne eine weitere Aenderung zu erfahren, Gesetzeskraft erlangte.

Durch den Wortlaut, wie er Gesetz geworden ist, wird nun zweifellos nicht nur der Fall getroffen, daß eine Hypothekenforderung verpfändet wird (§ 232 Abs. 1 al. 5), sondern auch der Fall, daß die zu sichernde Forderung sicherungshalber zu einer Hypothekforderung gemacht, daß also für sie eine Buch- oder Briefhypothek bestellt wird (nicht minder aber auch der Fall, wo eine Brief- oder Buchhypothek in fiduziarischer Weise zu Sicherungszwecken übereignet wird). Nur für den (unter § 232 Abs. 1 al. 4 d. BGB. zu stellenden) Fall, daß durch Bestellung einer Sicherungshypothek Sicherheit geleistet werden will, hat das Gesetz das Maß der zu fordernden Sicherheit nicht geregelt — nicht etwa aus sachlichen Erwägungen, sondern, wie die vorstehende Entstehungsgeschichte ergibt, lediglich zufolge der aus redaktionellen Gründen beschlossenen Aenderung des im 1. Entwurf noch gebrauchten Worts „Hypothek" in das Wort „Hypothekforderung".

Mangels einer gesetzlichen Bestimmung aber bestimmt das richterliche Ermessen, ob eine bestellte Sicherungshypothek als genügende Sicherheit anzusehen ist[3]).

Für die Ausübung dieses richterlichen Ermessens bietet indessen die Bestimmung des § 238 BGB. und dessen vorerwähnte Entstehungsgeschichte immerhin einen bedeutungsvollen Anhalt. Der Richter kann eine Sicherungshypothek, welche

[1]) Vgl. Reatz a. a. O. Bd. 1 S. 613.
[2]) Vgl. Prot. Bd. 6 S. 143.
[3]) Vgl. Motive z. BGB. Bd. 1 S. 387 unter Ziff. 1.

am Maßstab des für die Verkehrshypothek nach § 238 BGB. erforderten Sicherheitsgrads gemessen ungenügend wäre, nicht als genügende Sicherheit gelten lassen. Dies führt im Ergebnis zu der — soviel zu übersehen — in der Literatur allgemein geteilten Annahme, daß auf die Sicherheitsleistung durch Bestellung einer Sicherungshypothek der § 238 Abs. 1 d. BGB. analog anzuwenden ist[1]).

Nach alledem war das Verlangen des Kls., daß ihm die Bekl. eine „am Ort der Sicherheitsleistung" — in H. — als mündelsicher geltende, somit eine der Vorschrift des Art. 68 des württ. Ausf.Ges. z. BGB. genügende Sicherheitshypothek bestelle, begründet.

Urt. des III. CS. vom 1. Mai 1906 i. S. Kirch g. Waldmann.

21.

Kann, wenn Bezahlung mittels eines erst nach längerer Zeit fälligen Akzepts vereinbart ist, sofortige Bezahlung des Akzeptbetrags verlangt werden, falls das Akzept nicht rechtzeitig ausgestellt wird?

Klin. hat dem Bekl. am 13. Sept. 1905 Waren geliefert und ihm der getroffenen Vereinbarung gemäß gleichzeitig einen auf 13. Sept. 1906 fälligen Wechsel über den Kaufpreis von 820 Mk. 20 Pfg. zum Akzept zugehen lassen; die Abrede der Parteien ging auf Lieferung „gegen 12-Monat-Akzept". Da Bekl. das Akzept nicht einsandte, erhob Klin. am 19. Dez. 1905 Klage auf Bezahlung von 820 Mk. 20 Pfg. nebst Prozeßzinsen, im Berufungsverfahren hat sie in zweiter Linie beantragt, den Bekl. für schuldig zu erklären, ihr ein

---

[1]) Vgl. Planck § 238 Bem. 2; Staudinger § 232 Bem. 3 d Neumann § 238 Bem. II; Crome Bd. 1 S. 134 in Nr. 12; Rehbein Note 3 zu §§ 232—240; Enneccerus-Lehmann § 146 Ziff. II 4; Endemann § 94 unter Ziff. 1 S. 399 der 3. und 4. Aufl.); Fischer-Henle § 232 Nr. 7; Windscheid-Kipp § 134 L 1 lit. a.

Akzept über 820 Mk. 20 Pfg. auf 13. Sept. 1906 auszustellen.

Diesem letzteren Antrag hat das Berufungsgericht entsprochen aus folgenden

Gründen:

Das Akzept war vertragsmäßig auf 13. September 1906 auszustellen und der vom Kl. nunmehr in zulässiger Weise (§ 268 Ziff. 2 CPO.) in zweiter Linie gestellte Antrag, den Bekl. zur Ausstellung dieses Akzepts (über 820 Mk. 20 Pfg.) zu verurteilen, unterliegt demgemäß keinem Bedenken. Dagegen ist der Antrag, den Bekl. zur sofortigen Bezahlung der Wechselsumme nebst Prozeßzinsen zu verurteilen, nicht gerechtfertigt.

Wer Waren gegen Akzept verkauft, will die Möglichkeit haben, das Akzept sofort in Geld umzusetzen (oder sonst zu verwerten); er hat also ohne Frage ein Interesse daran, das Akzept alsbald zur vereinbarten Zeit zu erhalten. Andererseits ist das Akzept nicht gleich dem Geldbetrag, auf den es lautet, weil bei sofortigem Umsatz des Akzepts der Diskont abgeht. Es läßt sich daher nicht ohne weiteres [1]) annehmen, daß, wenn vereinbart ist, der Kaufpreis solle mittels eines 12-Monat-Akzepts bereinigt werden, damit gesagt sein soll; wenn dieses Akzept nicht alsbald ausgestellt werde, sei der Betrag, auf den das Akzept laute, sofort bar zu bezahlen — oder: der Käufer solle die Wahl haben, den Kaufpreis von — beispielsweise — 1000 Mk. entweder sofort bar oder mittels eines auf 1000 Mk. lautenden 12-Monat-Akzepts zu bezahlen. Ganz anders liegt die Sache, wenn [2]) vereinbart ist: „Ziel 3 Monate (resp. 3-Monatsrimesse) mit 2% Skonto oder 30 Tage Kasse mit 3% Skonto"; hier ist deutlich dem Käufer die Wahl gelassen zwischen Barzahlung mit 3% Skonto und Zahlung mittels Rimesse anf drei Monate mit 2% Skonto. So liegt aber im gegenwärtigen Fall die Sache nicht. Die

---

[1]) Mit dem OLG. Dresden im Sächs. Archiv Bd. 8 S. 758.

[2]) Wie in dem Fall bei Bolze 13 Nr. 272 S. 143.

Ansicht Staubs[1]): in Fällen der vorliegenden Art sei, wenn das Akzept nicht gegeben werde, an dem Tag, an dem es hätte gegeben werden sollen, der Kaufpreis bar zu bezahlen, entbehrt der schlüssigen Begründung: ausgemacht ist eben nicht — auch nicht bedingt — Barzahlung, sondern Zahlung mittels eines 12=Monat=Akzepts; wird dieses nicht rechtzeitig gegeben, so kann der Verkäufer Klage auf Ausstellung des Akzepts und auf das Verzögerungs=Interesse erheben. Bei einer Vereinbarung der hier in Frage stehenden Art müßte der beiderseitige Wille, daß bei nicht rechtzeitiger Hingabe des Akzepts der volle Wechselbetrag sofort zahlbar sein solle, deutlich zum Ausdruck gebracht sein, wenn dem in erster Linie vom Kl. gestellten Antrag sollte entsprochen werden können: der Akzeptbetrag ist natürlich mit Rücksicht darauf, daß der Wechsel erst nach Verfluß eines Jahres zahlbar sein sollte, höher gestellt worden, als ein bar zu bezahlender Kaufpreis gestellt worden wäre. Kl. hat aber auch im Berufungsverfahren nicht behauptet, die Parteien haben tatsächlich das vereinbart, was Kl. als Sinn der Vereinbarung angesehen wissen will: wenn die Klage von der „Bedingung, an welche die Stundung geknüpft war", gesprochen hat, so war damit nach dem Zusammenhang nur gesagt: die Vereinbarung sei dahin zu verstehen, daß der Kaufpreis gegen Hingabe eines 12=Monat=Akzepts habe gestundet sein sollen.

Urt. des III. CS. vom 24. April 1906 i. S. Spieß g. Kaczmarek.

22.

1. Zur Auslegung des § 717 BGB.
2. Zuwendungen an einen nicht rechtsfähigen Verein.

Im Jahr 1902 hat sich in München eine „Freie Vereinigung für die Münchner Ringbahn" als nicht rechtsfähiger

[1]) Im Exkurs vor § 373 HGB. Anm. 41.

Verein gebildet. Sie verfolgt nach § 1 ihrer Satzungen „den Zweck, den Ausbau der Münchner Ringbahn zu fördern und deren Betrieb auf der ausgebauten Strecke zu verbessern". Nach § 3 werden „die durch die Vereinstätigkeit bedingten Kosten und Auslagen — durch freiwillige Beiträge der Mitglieder aufgebracht". Der Verein machte es sich zur Aufgabe, einen Fond zum Grunderwerb für die Bahn zu sammeln, weil in Bayern für eine Lokalbahn die beteiligten Gemeinden die notwendigen Grundstücke dem Staat unentgeltlich zur Verfügung stellen müssen. Mitglied der Vereinigung war der im Frühjahr 1905 verstorbene Realitätenbesitzer H., der sich der freien Vereinigung gegenüber verpflichtete, wenn die Bahn gebaut werde, was der Fall ist, 20 000 Mk. zu bezahlen; für 2400 Mk. hievon hat sich Bekl. verbürgt. Die freie Vereinigung hat ihre Ansprüche gegen H. an die Stadt München abgetreten, die gegen den Bekl. auf Bezahlung der 2400 Mk. geklagt hat. Bekl. hat insbesondere geltend gemacht, die Abtretung der Forderung gegen H. mit Nebenrechten sei gemäß § 717 BGB. nicht zulässig gewesen. Das Berufungsgericht hat nach dem Klagantrag erkannt.

Aus den

Gründen:

Nach § 717 Satz 1 BGB. sind „die Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis gegen einander zustehen", nicht übertragbar. Die Forderung der Freien Vereinigung (d. h. der Gesamtheit der Vereinsmitglieder) gegen H. auf Leistung des versprochenen Beitrags zu den Kosten der Grunderwerbung für die Ringbahn war kein Anspruch, der den Gesellschaftern „aus dem Gesellschaftsverhältnis" zustand, er gründete sich nicht auf den Gesellschaftsvertrag, auf die Eigenschaft H.s als Vereins-(Gesellschafts-) Mitglied. Als Vereinsmitglied war H. (nach § 3 der Satzungen) zu Beiträgen überhaupt nicht verpflichtet: die „durch die Vereinstätigkeit bedingten Kosten und Auslagen" sollen durch freiwillige Beiträge aufgebracht werden, unter diesen „Kosten und Auslagen" sind, wie die Wortfassung zeigt

nicht Beiträge zur Bildung eines Fonds zum Grunderwerb für die Ringbahn zu verstehen, sondern die Kosten und Auslagen, die durch die auf Gewinnung solcher Beiträge und Förderung der sonstigen Bestrebungen des Vereins gerichtete Tätigkeit in Wort und Schrift (Druckkosten, Porti u. drgl.) entstehen. Die Beiträge für den genannten Fond konnten in gleicher Weise von Nichtmitgliedern wie von Mitgliedern des Vereins zugesichert werden (und sind vielfach — nach der Darstellung der Klin. — von Nichtmitgliedern gezeichnet worden); kein Mitglied war durch die Satzungen verpflichtet, einen solchen Beitrag zu gewähren oder zuzusichern, und wenn ein Mitglied einen solchen Beitrag versprach, so gründete sich der Anspruch des Vereins auf Leistung dieses Beitrags nicht auf „das Gesellschaftsverhältnis", sondern auf das angenommene Versprechen, ganz in gleicher Weise wie in betreff eines von einem Nichtmitglied gezeichneten Beitrags. § 717 Abs. 1 BGB. trifft daher nicht zu [1]).

Zuwendungen an einen nicht rechtsfähigen Verein, wie es die Freie Vereinigung ist oder war, mit der Wirkung, daß das Zugewendete Vermögen der Mitglieder als solcher zu gesamter Hand und zu Vereinszwecken bestimmt, also Vereinsvermögen wird, sind zulässig und rechtlich möglich [2]). Eine (wegen Nichteinhaltung der Form des § 518 BGB. ungültige) Schenkung lag in der Beitragszeichnung H.s nicht, weil es an einer Bereicherung des Vereins oder seiner Mitglieder fehlte, sofern ohne Frage die Beiträge der Klin. zu gut kommen sollten [3]). Auch darüber besteht kein Zweifel, daß ein Vereinsmitglied in gleicher Weise wie ein Dritter

[1]) Vgl. über den Begriff der „Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis gegen einander zustehen". Motive zu § 644 EBGB., Bd. 2 S. 613—14; die Kommentare zum BGB. von Planck, Anm. 1 zu § 717 und Staudinger (2. Auflage) Anm. 1 zu 717; Crome: System Bd. 2 § 281 bei und in Note 117.

[2]) Vgl. Staudinger a. a. O. Anm. B, VII, 3 zu § 54 BGB.

[3]) Vgl. die Entscheidung des I. CS. dieses Gerichts (vom 18. April 1905) und des Reichsgerichts i. S. Feuerbestattungsverein g. Berg u. Gen. WürttJ. 18 S. 139; RG. 62 Nr. 94.

zufolge Uebernahme einer Verpflichtung Schuldner der zur gesamten Hand verbundenen Vereinsmitglieder werden kann, die Verpflichtung nicht etwa in betreff des auf das fragliche Vereinsmitglied entfallenden Anteils am Vereinsvermögen nichtig ist[1]).

Urt. des III. CS. vom 8. Mai 1906 i. S. Stadtgemeinde München gegen Mayer.

23.

Uebernahme einer hypothekarisch gesicherten Schuld (§§ 414—416 BGB).

Der Kl. hatte gegen W. M. eine hypothekarisch sichergestellte Forderung. W. M. verkaufte am 14. Mai die Grundstücke, auf denen die Hypothek ruhte, an S., wobei im Kaufvertrag bestimmt war, daß „der Käufer die Hypotheken mit Zins vom 1. Dez. 1903 an übernimmt". S. verkaufte die Grundstücke am 14. August 1904 an die Bekln., wobei im Kaufvertrag bestimmt wurde, der Käufer übernehme die durch Hypotheken gesicherten Verbindlichkeiten des Verkäufers als persönlicher Schuldner. Die Bekln. haben am 27. Sept. 1904 die Grundstücke an K. G. verkauft. S. hat im März 1905, ehe Kl. die Klage erhoben hat, ihm schriftlich die Uebernahme der Schuld durch die Bekln. unter Wahrung der Vorschriften des § 416 Abs. 2 BGB. mitgeteilt. Gegen die auf Bezahlung von Zinsen aus der fraglichen Forderung gerichtete Klage haben die Bekln. eingewendet: sie seien nicht mehr Eigentümer der betr. Grundstücke und die persönliche Schuld sei nicht auf sie übergegangen, weil ihr Vorgänger S. sie nicht übernommen und jedenfalls die Uebernahme dem Kl. nicht formrichtig angezeigt habe.

[1]) Vgl. in betreff der — im allgemeinen auch nach dem Grundsatz der gesamten Hand ausgestalteten — offenen Handelsgesellschaft: Staub, Komm. zum HGB. Anm. 21 zu § 128.

Das Berufungsgericht hat nach dem Klagantrag erkannt.

Gründe:

Der Klaganspruch ist dann begründet, wenn die Bekln. persönliche Schuldner der für den Kl. auf den seiner Zeit von ihm verkauften Grundstücken hypothekarisch gesicherten Kaufpreisschuld sind. Dies ist zu bejahen. Die Bekl. meinen, sie seien vor allem deshalb dem Kl. nicht persönlich verpflichtet, weil bei dem Kauf der Grundstücke durch ihren Rechtsvorgänger S. die persönliche Schuld auf diesen nicht übergegangen sei und daher bei ihrem Kauf auch nicht auf sie selbst habe übergehen können. Dies ist jedoch nicht zutreffend. Zwar ist in dem zwischen M. und S. geschlossenen Kaufvertrag nicht wie in dem zwischen S. und den Bekln. geschlossenen ausdrücklich von einer Uebernahme auch der persönlichen Schuld die Rede, sondern es wird nur von der „Uebernahme der Hypotheken" gesprochen. Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, daß damit von den Vertragschließenden wie von dem Verfasser des Vertrags — einem Ratsschreiber — im Anschluß an den Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens und vor allem an die bei Kaufverträgen über Grundstücke mit Pfandschulden ganz gleichmäßige, schon vor Inkrafttreten des BGB. bestehende Uebung einer Uebernahme der Hypotheken in der Absicht einer völligen Befreiung des Verkäufers auch die Uebernahme der persönlichen Schuld zum Ausdruck gebracht werden wollte. Hiefür spricht in ganz erheblichem Maße auch der Umstand, daß der damalige Käufer S. bei dem Weiterverkauf der Grundstücke an die Bekl. ebenfalls die Uebernahme der persönlichen Schuld durch die Käufer anbedungen hat, was nicht geschehen wäre, wenn er nicht der Meinung gewesen wäre, daß er bei seinem Kauf diese Schuld übernommen habe.

Steht hienach fest, daß nicht bloß bei dem zwischen S. und den Bekln., sondern auch bei dem vorhergehenden, zwischen M. und S. geschlossenen Kauf zwischen den Vertragschließenden die Uebernahme auch der persönlichen Schuld vereinbart worden ist, so fragt sich noch, ob eine Genehmi-

gung dieser beiden Schuldübernahmen durch den Kl. vorliegt. Die Bekln. bestreiten dies, jedoch mit Unrecht.

Wenn der Erwerber eines Grundstücks durch einen mit dem Veräußerer geschlossenen Vertrag eine Schuld des letzteren, für welche an dem veräußerten Grundstück eine Hypothek besteht, übernimmt, so beurteilt sich die Frage der Genehmigung der Schuldübernahme durch den Gläubiger nicht ausschließlich nach der Vorschrift des BGB. § 416, sondern es kommt in erster Linie die Bestimmung des § 415 in Betracht, welcher gegenüber die Vorschrift des § 416 nur eine Sondervorschrift für den Fall des Schweigens des Gläubigers darstellt; daneben kann noch die Bestimmung des § 414 in Betracht kommen [1]). Es kann also die persönliche Schuld, für welche eine Hypothek besteht, sowohl durch Vertrag des Uebernehmers mit dem Schuldner (§ 415) als durch einen solchen zwischen Uebernehmer und Gläubiger (§ 414) übernommen, und es kann im ersteren Fall die Genehmigung des Gläubigers auf Mitteilung des Veräußerers oder des Erwerbers (§ 415 Abs. 1 Satz 2) vor oder nach der Eintragung des letzteren in das Grundbuch sowohl gegenüber dem Veräußerer als gegenüber dem Erwerber (§ 182 Abs. 1) ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen [2]) erteilt werden. Teilt insbesondere der Erwerber — gleichgültig, ob er noch als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist oder nicht [3]) — dem Gläubiger die Schuldübernahme mit, und genehmigt dieser sie ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen, so kann hierin der in § 414 vorgesehene Vertrag zwischen Gläubiger und Uebernehmer gefunden werden [4]); jedenfalls aber ist in solchem Falle auch

[1]) Vgl. Dernburg, Bürg. Recht II § 59 unter III; Crome, System II § 204 unter Ziff. 2; Endemann, Lehrbuch, 8. Aufl. I § 153 bei und in Note 28; Staudinger, BGB. 2. Aufl. zu § 416 Anm. II Ziff. 1 lit. a; OLG. 12 S. 50; A. M. RG. in JW. 1904 S. 550. — S. aber jetzt RG. 63 S. 12. Anm. d. Red.

[2]) Vgl. Crome u. Endemann a. a. O.

[3]) RG. 56 S. 200 ff.

[4]) Dernburg a. a. O. unter Ziff. 3.

den Bestimmungen des § 415 Abs. 1 Satz 1 u. 2 genügt.

Der letztere Fall, Genehmigung nach § 415 Abs. 1 Satz 1 u. 2, § 182 Abs. 1, liegt nun hinsichtlich der zwischen M. und S. vereinbarten Schuldübernahme vor. Aus der als echt anerkannten Mitteilung des S. an den Kl. vom 9. März 1905 ist zu entnehmen und mußte auch der Kl. entnehmen, daß S. zur Zeit des Kaufabschlusses mit den Bekln. nicht nur Hypothekenschuldner war, sondern sich auch als persönlichen Schuldner des Kls. betrachtete, worin liegt, daß nach seiner Ansicht bei seinem Kauf auch die persönliche Schuld des M. auf ihn übergegangen war. Es geht also aus dieser Mitteilung des S. noch weiter der Hinweis auf den Uebergang der persönlichen Schuld des M. auf S. hervor und sie erscheint daher als Mitteilung auch dieser Uebernahme durch den Erwerber S. Da gegen diese Mitteilung der Kl. nicht nur keinen Widerspruch erhoben, sondern sie, wie die Bekln. selbst vorbringen und wie aus den Aussagen des S. sich ergibt, selbst zu dem dem Zeugen S. ausdrücklich von ihm erklärten Zweck der Erhebung der gegenwärtigen Klage veranlaßt hat, so liegt in diesem Verhalten des Kls. die dem S. durch schlüssige Handlung erklärte Genehmigung der Uebernahme der persönlichen Schuld durch S. anläßlich des zwischen diesem und M. geschlossenen Kaufvertrags.

Die Genehmigung der Uebernahme der persönlichen Schuld durch die Bekln. und zwar ebenfalls durch schlüssige Handlung seitens des Klrs. liegt darin, daß der Kl. auf die Mitteilung vom 9. März 1905 die Bekln. als persönliche Schuldner gemahnt und daß er — und dies genügt schon für sich allein — am 20. März 1905 gegen sie als persönliche Schuldner Klage erhoben hat; nach §§ 415 Abs. 1 Satz 1 u. 2, 182 Abs. 1 konnte er die Genehmigung wirksam auch den Bekln. gegenüber erteilen.

Urt. des III. CS. vom 20. Febr. 1905 i. S. Luithardt g. Kauffmann.

24.

Schadensersatz des Verkäufers wegen Nichtbeseitigung einer Hypothek.

Kl. hat vom Bekl. ein Grundstück Parz. 686 um 1300 Mk. gekauft, auf dem (und andern Grundstücken), wie sich nach dem Kauf herausstellte, zwei Gesamthypotheken für Darlehen von zus. 2800 Mk. ruhten; Bekl. war Darlehensschuldner. Der Kl. verlangte vom Bekl. die Beseitigung der Gesamthypotheken. Nach mehrmaliger vergeblicher Aufforderung bestimmte er dem Bekl. gemäß BGB. § 326 Abs. 1 eine Frist von 8 Tagen zur Beseitigung mit der Erklärung, daß er die Annahme der Leistung nach Ablauf der Frist ablehne. Da die Frist fruchtlos ablief, verlangte er Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Höhe von 2800 Mk. Im Berufungsverfahren wurde Bekl. verurteilt, dem Kl. 700 Mk. zu bezahlen.

Gründe:

Nach BGB. § 439 Abs. 2 Satz 1 hat der Verkäufer eine auf dem verkauften Grundstück lastende Hypothek zu beseitigen, auch wenn der Käufer bei dem Abschluß des Kaufvertrags die Belastung gekannt hat. Der Bekl. ist seiner Verpflichtung, die auf dem verkauften Grundstück Parz. Nr. 686 lastenden Hypotheken zu beseitigen, innerhalb der ihm vom Kläger nach BGB. § 326 Abs. 1 gesetzten angemessenen Frist nicht nachgekommen. Nach BGB. § 326 Abs. 1 Satz 2 kann nunmehr der Kl. Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Der Anspruch auf Erfüllung (Beseitigung der Hypotheken) ist ausgeschlossen[1]).

Der erste Richter hat die Klage abgewiesen wegen des Mangels des Nachweises eines durch die beiden Hypotheken dem Kl. erwachsenen Schadens. Das Berufungsgericht ver-

[1]) Damit ist nicht gesagt, daß der Bekl. nicht nach Lage der Sache den Kl. immer noch durch Beseitigung der Hypotheken hätte klaglos stellen können. — Anm. d. Eins.

mochte dem nicht beizutreten. Auszugehen ist von der allgemeinen Erfahrung, daß ein mit einer Hypothek belastetes Grundstück, bei welchem der Eigentümer für die Forderung nicht persönlich haftet, für diese Forderung vielmehr ein Dritter persönlich verbindlich ist, weniger wert ist, als das hypothekenfreie Grundstück. Das Grundstück ist von der Gefahr bedroht, vom Gläubiger in Anspruch genommen zu werden und zwar, wenn es sich um eine Gesamthypothek handelt, gemäß BGB. § 1132 Abs. 1 Satz 2 für den ganzen Betrag der Hypothek. Der Käufer eines solchen belasteten Grundstücks wird einen geringeren Preis bezahlen. Der Abzug wird der größeren oder geringeren Gefahr der Entwehrung entsprechen. Liegt die Gefahr ganz nahe, so wird er den Kaufpreis um den vollen Betrag der Hypothek kürzen. Auch wenn ein Eigentümer nicht zwecks Weiterverkaufs gekauft hat, wird ihm das belastete Grundstück einen geringeren Vermögenswert deshalb bieten, weil er in der ruhigen und freien Ausnützung seines Eigentums behindert ist.

Im gegebenen Fall liegt der Schaden in der Belastung durch zwei Gesamthypotheken. Besondere Umstände, die den Schaden erhöhten oder minderten, sind von keiner Seite geltend gemacht. Es kann deshalb ohne weiteres wenigstens soviel gesagt werden, daß der Schaden, obwohl der Gesamtbetrag der Hypotheken (800 Mk. nebst 5% Zinsen seit 1. Mai 1905, 2000 Mk. nebst 5% Zinsen seit 1. November 1905) den Wert des belasteten Grundstücks übersteigt, keinenfalls höher als der Wert des Grundstücks mit 1300 Mk. zu schätzen ist.

Der Bekl. ist offenbar unvermöglich. Es ist ihm seither nicht gelungen, eine Entlastung des klägerischen Grundstücks herbeizuführen. Nach Beiziehung der Akten des Gerichtsvollziehers hat es der Bekl. auch nicht mehr ausdrücklich bestritten, daß er persönlich zahlungsunfähig und ausgepfändet sei. Es droht hienach dem Kl. die Gefahr der Inanspruchnahme seiner Parzelle.

Der Kl. hat ein berechtigtes Interesse daran, aus der

unsicheren Lage herauszukommen. Wenn er es zur Zwangsversteigerung kommen läßt, hat er zwar nach BGB. § 1182 Satz 1 einen dinglich gesicherten Ersatzanspruch an den Grundstücken des Beklagten. Es kommen aber nur dessen Sondergutsstücke und die Miteigentumshälfte der Errungenschaftsstücke in Betracht und die Sache kann durch das freie Wahlrecht der Gesamthypothekengläubiger sehr zu Ungunsten des Kls. beeinflußt werden. Einerseits kann vielleicht die Parzelle Nr. 686 gar nicht in Anspruch genommen werden, da auf den übrigen 35 Grundstücken im Gesamtanschlag von 16 130 Mk. allerhöchstens Vorhypotheken im Betrag von 8900 Mk. nebst allerhöchstens 1500 Mk. Zinsen ruhen. Andererseits würden — in runden Summen und ohne Ansatz von Zinsen oder Kosten berechnet —, wenn die Vorhypothekengläubiger sich nur an das Sondergut und die Errungenschaftshälfte des Ehemanns halten würden, zum Rückgriff für beide Hypotheken (von zusammen 2800 Mk.) nur etwa 615 Mk. dinglich gesicherter Vermögenswerte übrig bleiben.

Nun erreichen aber bei Zwangsversteigerungen die Erlöse oft die Anschläge bei weitem nicht. Schon aus diesem Grunde ist es dem Kl. nicht zuzumuten, es auf die Zwangsversteigerung ankommen zu lassen. Der nächste Weg zur Befreiung ist dem Kl. durch BGB. § 1175 Abs. 1 Satz 2 eröffnet. Er kann die Gläubiger veranlassen, gegen eine bestimmte Summe auf die Hypothek an dem Grundstück zu verzichten, und durch diesen Verzicht erlischt die Hypothek an dem Grundstück. Durch die Schreiben der Gläubiger B. und N. hat der Kl. glaubhaft gemacht, daß sie bereit sind, die Parz. Nr. 686 gegen die Zahlung von 200 Mk. bezw. 500 Mk. freizugeben. Diese Summe von zusammen 700 Mk. hat das Berufungsgericht unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung gemäß CPO. § 287 als den Schaden geschätzt, der dem Kl. durch Nichtbeseitigung der beiden Hypotheken an dem Grundstück gegenwärtig erwachsen ist.

Wenn dem Kl., was bei der Vermögenslage des Bekl. wahrscheinlich ist, die Beitreibung seines hiemit festgestellten

Schadensersatzanspruchs nicht gelingt, so kann er die Verhältnisse dadurch klären, daß er die Fälligkeit der beiden Hypotheken durch Kündigung herbeiführt (BGB. § 1141 Abs. 1) und durch Zahlung aus eigener Tasche die Gläubiger befriedigt. Nach BGB. § 1173 Abs. 2 geht dann die Hypothek an den mitbelasteten Grundstücken des Bekl. in Höhe des Ersatzanspruchs auf ihn über. In diesem Fall besitzt der Kl. 2 Ansprüche gegen den Bekl., den jetzt urteilsmäßig festgestellten Schadensersatzanspruch wegen nicht beseitigter Hypothek und die künftig erworbene (dinglich gesicherte) Ersatzforderung. Auch in Erwägung dieser Möglichkeit war das Berufungsgericht angesichts des vom Kläger zu übernehmenden Risikos nicht veranlaßt, von der Annahme eines gegenwärtigen Schadens von 700 Mk. abzugehen.

Urt. des III. CS. vom 19. Juni 1906 i. S. Maier g. Kost.

25.

Haftung der Postverwaltung für Unfälle von Fahrgästen bei Postbotenfahrten?

Die Kl. nehmen die Königlich Württ. Postverwaltung und damit die Württ. Staatskasse in Anspruch wegen des von ihnen am 4. Mai 1904 auf der Fahrt von Schömberg nach Höfen O.A. Neuenbürg, die sie als Fahrt der ordentlichen Post bezeichnen, durch Umfallen des Wagens infolge eines Achsenbruchs erlittenen Unfalls. Unbestritten ist, daß der bei der Fahrt benützte Wagen ein der Württ. Postverwaltung gehöriger sogenannter Postomnibus war, der gelb angestrichen war und die Aufschrift „Kgl. Württ. Post" nebst dem Wappen trug, vom Postgebäude in Schömberg abfuhr und geführt war von dem die Dienstkleidung eines K. Württ. fahrenden Postboten tragenden und als Landpostbote von der K. Postverwaltung angestellten M. N., ferner daß die Zeit der Fahrt in der von der Württ. Postverwaltung veröffentlichten Uebersicht über die K. Württ. Postverbindungen an-

gegeben und im Postgebäude in Schömberg angeschlagen war. In dieser angeschlagenen Uebersicht ist die Fahrt mit F. B. bezeichnet und in den damit verbundenen Bemerkungen ist gesagt: „diejenigen Kurse, welche nicht als B., F. B., L. oder F. L. bezeichnet sind, sind Personenposten (ordentliche Posten). Mit den Postbotenfahrten (F. B.) und den Landpostbotenfahrten (F. L.) werden in der Regel auch Personen unter Verantwortlichkeit des Unternehmers befördert". Der Landpostbote N. hatte es als Unternehmer gegen Vergütung von 500 Mk. jährlich und unter Verzicht auf alle weiteren Ansprüche übernommen, eine täglich einmalige Postverbindungsfahrt zwischen Schömberg und Höfen auf eigene Rechnung auszuführen. Dabei war bestimmt: „mit den Postbotenfahrten dürfen auf eigene Rechnung des Unternehmers Personen, Reisegepäck und Privatgegenstände unter folgenden Beschränkungen befördert werden". Die Beschränkungen gehen dahin, daß von Personen nicht mehr erhoben werden darf, als ein bestimmter Satz, ebenso für Reisegepäck und daß Päckereisendungen, welche postmäßig beschaffen sind, und Briefpostsendungen nicht auf eigene Rechnung des Unternehmers befördert werden dürfen. Die erhobenen Beträge waren in Merkbogen einzutragen und diese der Postanstalt zur Einsicht vorzulegen. Zulassung des Postwagens durch die Postverwaltung und bestimmte Anforderungen an den etwaigen anderen zur Fahrt verwendeten Boten sind gleichfalls aufgestellt.

Der bei der Fahrt am 4. Mai 1904 benützte Wagen war von der Postverwaltung an N. vermietet.

Die Klage ist abgewiesen worden.

Gründe:

Nach § 11 des Reichspostgesetzes vom 28. Oktober 1871 leistet die Postverwaltung Ersatz für die erforderlichen Kur- und Verpflegungskosten im Falle der körperlichen Beschädigung eines Reisenden bei Reisen mit den ordentlichen Posten. Der Begriff der „ordentlichen Posten" ist in § 16 des Postgesetzes für die Frage der Befreiung von Chausseegeldern verwendet und erläutert durch die Nebeneinanderstellung mit

Personenfuhrwerken, welche durch Privatunternehmer eingerichtet und als Ersatz für ordentliche Posten ausschließlich zur Beförderung von Reisenden und deren Effekten und von Postsendungen benützt werden. Nach dem zwischen der Postverwaltung und dem Landpostboten N. abgeschlossenen Postfuhrvertrag ist es im vorliegenden Fall ein Privatunternehmer, der auf eigene Rechnung Personen befördern darf und im übrigen gleichfalls auf eigene Rechnung Postverbindungsfahrten ausführt. Es handelt sich also hienach um einen Ersatz für ordentliche Posten, der durch Privatunternehmer geleistet wird, nicht um ordentliche Posten, im Sinne des § 16 und § 11 des Postgesetzes. Dasselbe ergibt die angeschlagene Uebersicht über die Postverbindungen durch die Bezeichnung der Verbindung mit F. B. als Postbotenfahrt mit der Erläuterung, daß „in der Regel auch Personen unter Verantwortlichkeit des Unternehmers", also des Postboten, befördert werden und es ist dann auch ausdrücklich in den angeschlagenen Erläuterungen bemerkt, daß „Personenposten (ordentliche Posten)" diejenigen Kurse seien, die nicht mit F. B. bezeichnet seien.

Wenn nun auch der Wagen die Aufschrift K. Württ. Post mit dem Wappen trug, von einem Dienstkleidung tragenden Kutscher geführt war und die andern Umstände zutreffen, die im Zusammenhang damit angeführt sind, so kann dies neben dem soeben Ausgeführten die Fahrt nicht zu einer solchen der ordentlichen Post machen und § 11 des Postgesetzes kann deshalb unmittelbar nicht zutreffen.

Abgesehen davon, ob im besonderen der Begriff der „ordentlichen Post" zutrifft, erhebt sich die allgemeinere Frage, ob der Beförderungsvertrag, den die Kl. abgeschlossen haben, mit der Postverwaltung abgeschlossen ist, oder ob die Postverwaltung sich wenigstens so behandeln lassen muß, als wäre der Vertrag mit ihr abgeschlossen.

Daß die Postverwaltung in Wirklichkeit nicht den Willen hatte, mit den von dem Landpostboten N. beförderten Personen Beförderungsverträge abzuschließen, geht unzweifelhaft

aus den angeführten Bestimmungen des Postfuhrvertrags hervor, die das Befördernдürfen von Personen auf eigene Rechnung und Verantwortlichkeit dem Postboten überlassen, mit einigen Einschränkungen, so der Bestimmung des Fahrpreises nach oben, aber nicht nach unten, gewisser Erfordernisse des Wagens und des Führers, die eine staatliche Aufsicht über diese sonst dem Staat vorbehaltene Beförderung gewährleisten sollen. Dieser Wille der Postverwaltung ist auch über das Verhältnis zu dem Postboten hinaus äußerlich hervorgetreten, insbesondere in der angeschlagenen Uebersicht mit den mehrfach hervorgehobenen Bemerkungen. Unter der „Verantwortlichkeit des Unternehmers“ muß nach den Umständen in erster Linie die Verantwortlichkeit des Postboten gegenüber den Reisenden verstanden werden. Um einen insgeheim gemachten Vorbehalt im Sinne des § 116 BGB. kann es sich angesichts dieses Anschlags nicht handeln. Vielmehr muß diese angeschlagene Uebersicht als die Grundlage und der von den Beteiligten gewollte nähere Inhalt des Beförderungsvertrags angesehen werden.

Aus all dem ergibt sich, daß der Beförderungsvertrag in Wirklichkeit von den Kln. jedenfalls nicht mit der K. Württ. Postverwaltung abgeschlossen worden ist. Es spricht aber allerdings Einiges dafür, daß die Kl. aus den von der Postverwaltung gebilligten Veranstaltungen die Meinung hätten entnehmen können, sie werden von der K. Württ. Post befördert. So die Aufschrift des Wagens, die Abfahrt am Postgebäude, die Eigenschaft und Kleidung des Postboten, die Regelmäßigkeit der Fahrt. Auf der andern Seite ergab der Anschlag das Nähere und Gegenteilige. Wer sich um dieses Nähere nicht kümmerte, war als einverstanden damit anzusehen. Auch der Betrieb im einzelnen hob sich, zumal für die in der Gegend ansässigen, mit den Verhältnissen nach den glaubhaften Angaben des N. bekannten Kl. deutlich ab von dem staatlichen Postbetrieb, insbesondere in der Entrichtung des Fahrgelds, das von beiden Kln. noch nicht bezahlt war, als der Unfall eintrat, vielmehr meist erst nach

Beendigung der Fahrt, teilweise erst andern Tags an den Führer bezahlt wurde, in der Nicht-Ausfolge eines Fahrscheins[1]), ferner in dem beliebigen Anhalten zum Einsteigen unterwegs, auch in der zeitweisen Benützung eines Wagens ohne jene Aufschrift. Bei Abwägung aller dieser Umstände des vorliegenden Falls kann nicht angenommen werden, es sei durch die getroffenen Veranstaltungen von der Postverwaltung in den Kln. die Anschauung erweckt worden, als würden sie von der Postverwaltung befördert und es sei diese die Vertragsschließende oder es handle sich um eine ordentliche Post.

Eine vertragsmäßige Verpflichtung des Bekl. gegenüber den Kln. besteht also nicht, weder unmittelbar noch mittelbar und auch § 11 des Postgesetzes kann nicht zur Anwendung kommen.

Außerhalb eines Vertragsverhältnisses kann es sich nur um Haftung auf Grund Verschuldens und zwar auf Grund fahrlässiger Herbeiführung des Unfalls handeln. Die Haftung aus § 823, § 31, § 89 BGB. würde Verschulden eines verfassungsmäßig berufenen Vertreters verlangen, die Haftung aus Art. 202 AGBG. würde Verschulden eines Staatsbeamten in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt, also im vorliegenden Fall einen Fall des § 839 BGB. erfordern und auch die Haftung aus § 831 BGB. für den zu einer Verrichtung bestellten N. würde zwar im allgemeinen nur irgend eine unerlaubte Handlung dieses Bestellten erfordern, im vorliegenden Fall käme aber lediglich eine durch Verschulden schädigende Handlung (§ 823 BGB.) in Betracht.

Es fragt sich daher vor allem, ob ein Verschulden eines dieser Beteiligten vorliegt. Dieses wäre in allen angeführten Fällen von den Klägern zu beweisen. Die Ursache des Achsenbruchs, der den Unfall herbeigeführt hat, ist durch die Beweisaufnahme dargetan, es ist die mangelhafte Anschweißung der sogenannten Patte, die später mit den Achsenfedern zu-

[1]) Zu vgl. Württ. Postordnung vom 21./5. 1900 RegBl. S. 369 ff., §§ 65, 67, 71.

sammengebunden wird, an die Achse bei der Herstellung in der Fabrik. Dieser Fehler konnte am fertigen Wagen auch bei genauer Untersuchung nicht entdeckt werden, wie von den Sachverständigen überzeugend ausgeführt wird, somit nicht bei der Uebernahme durch die Postverwaltung. Später, als durch den Gebrauch die vorher mit bloßem Auge nicht sichtbare Ritze zwischen Patte und Achse sich vielleicht vergrößerte, konnte sie nur durch Abbinden der Achse d. h. durch Loslösen von den Federn und dem Wagenkasten etwa entdeckt werden. Der Wagen war nun im April 1901 bei Verwendung in der Gegend von Rottweil umgefallen und der Wagenkasten beschädigt worden, wie aus den Angaben des Wagenmeisters T. hervorgeht. Damals war der Wagen wieder an die Fabrik W. und S. zur Herstellung zurückgegeben worden und es wurden die Achsen gemessen, um eine etwaige Verbiegung oder Verschiebung zu ermitteln. Eine solche wurde aber nicht gefunden, wie nach dem Zeugnis des T. anzunehmen ist. Während nun sonst ein Abbinden oder Ausbinden der Achsen, wie zuvor erwähnt, nach den Angaben des Sachverständigen J. und des Zeugen N. nicht üblich ist, hätte der Sachverständige J. bei einem Umfallen des Wagens das Ausbinden für sachgemäß gehalten. Aber er hat die Frage verneint, ob damals schon das Ausbinden der Achse zur Entdeckung des Mangels geführt hätte. Hienach wäre anzunehmen, daß es an der Ursächlichkeit einer solchen Unterlassung für den Unfall fehlen würde. Aber es kann auch keine Fahrlässigkeit in dem Verhalten der Angestellten der Post bei diesem Anlaß gefunden werden, da der Wagen der Fabrik zur Wiederherstellung übergeben und dort eine Untersuchung der Achsen auf etwaige Beeinflussung durch das Umfallen mittels Messens vorgenommen worden war, was als genügende Vorsichtsmaßregel angesehen werden konnte, für eine Zeit, in der an jenen Fehler der Achse nicht zu denken war. Daß von dem in solcher Weise erledigten Umfallen des Wagens im Jahr 1901 dem Postboten N. bei der Ueberlassung keine Kenntnis gegeben zu werden brauchte, ist

ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens ersichtlich.
Urt. des I. CS. vom 5. Janr. 1906 i. S. Seiz g. Fiskus.

26.

Verletzt ein Forstwart die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, wenn er zum Schutz der Jagd einen fremden Hund erschießt?

Der gemäß Art. 202 AGBGB. auf Schadensersatz belangte Fiskus hat in erster Linie geltend gemacht, in dem in der Ueberschrift bezeichneten Fall handle es sich nicht um Ausübung der öffentlichen Gewalt durch den Forstwart, in zweiter Linie, der Forstwart sei zu seinem Vorgehen berechtigt gewesen.

In den

Gründen

des die Klage abweisenden Berufungsurteils ist ausgeführt:

Es handelt sich nicht bloß nach dem zunächst maßgebenden Vorbringen des Klägers, sondern auch nach der Darstellung des Beklagten darum, ob der Forstwart-Stellvertreter F. in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen, nämlich der forstpolizeilichen Gewalt, vorsätzlich oder fahrlässig die ihm auch Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht durch widerrechtliche Tötung des Hundes des Klägers verletzt hat § 839 BGB., Art. 202 (§ 823 BGB.).

Nach Art. 24 Ziff. 4 des Württ. Forstpolizeigesetzes vom 8. September 1879 wird bestraft, wer unbefugt in fremdem Walde Tiere mit Vernachlässigung der erforderlichen Sicherungsmaßregeln herumlaufen läßt. Dies ist demnach verboten und dieses Verbot durchzuführen, ist Sache der Forstpolizeigewalt. Diese öffentliche Gewalt auszuüben, ist der zuständige Forstwart, und dies war F. unbeanstandet, berufen. F. war als Beamter der Forstpolizei verpflichtet und berechtigt, gegen ein etwaiges Herumlaufen des Hundes im Walde, ohne daß die erforderlichen Sicherungsmaßregeln ge-

troffen gewesen wären, einzuschreiten. Dies hat er auch nach beiderseitiger Darstellung wirklich getan zunächst in der Weise, daß er den Herrn des Hundes vor weiterem Herumlaufenlassen des Hundes verwarnte. Auch das weitere Vorgehen gegen den Hund, das zur Tötung führte, ist nach der Darstellung der Parteien und in Wirklichkeit, wie nach den Angaben des Zeugen F. mindestens anzunehmen ist, aus der Absicht des F. hervorgegangen, diesem sicherungslosen Herumlaufen des Hundes entgegenzutreten. Es kann also darüber kein Zweifel bestehen, daß es sich um Ausübung der öffentlichen Gewalt handelt. Die von den staatlichen Forstangestellten ausgeübte und ihnen anvertraute öffentliche Gewalt beschränkt sich keineswegs auf die Beaufsichtigung des Forstwirtschaftswesens und die Tätigkeit als Hilfsbeamter der Staatsanwaltschaft, sondern muß schon nach dem Inhalt des Forstpolizeigesetzes auch die Verwaltungstätigkeit der Durchführung der Anordnungen dieses Gesetzes enthalten, insbesondere der Verbote, wie des hier in Betracht kommenden Art. 24. Dasselbe ergibt sich aus § 31 der Dienstanweisung für die Forstwarte und § 1 der Verfügung des Ministeriums des Innern und der Finanzen vom 17. Februar 1882 für die Forstwarte insbesondere. Diese Bestimmungen des Forstpolizeigesetzes, wie der hier in Betracht kommende Art. 24, gelten nicht bloß für die Staatswaldungen, sondern auch für die im Privateigentum anderer stehenden Wälder (Art. 1 u. 2 des Gesetzes) und sind von den staatlichen Forstbeamten auch für diese durchzuführen. Dabei begründet es keinen Unterschied, wenn sie diese Waldungen auch noch aus andern Gründen betreten haben, so auf Grund eines Vertrages über den Forst- und Jagdschutz, wie er für den fraglichen Wald der Königlichen Hofdomänenkammer vorliegt.

Hienach fragt es sich, ob der Forstwart nach den vorliegenden Umständen berechtigt war, auf den Hund zu schießen und zwar zunächst, ob er vermöge der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt hiezu berechtigt war. War er nicht berechtigt, so kann es sich um vorsätzliche oder fahrlässige Ver-

letzung der Amtspflicht (§ 839 BGB.) handeln, auch um vorsätzliche oder fahrlässige widerrechtliche Eigentumsverletzung (§ 823 Abs. 1 BGB.), während § 823 Abs. 2 BGB. — Verstoß gegen die Strafbestimmung wegen Sachbeschädigung (§ 303 StGB.) nur im Fall der Vorsätzlichkeit des widerrechtlichen Vorgehens in Frage käme, dessen Nachweis nicht in Aussicht zu nehmen wäre. Den Nachweis einer Verletzung der Amtspflicht im Sinne des § 839 BGB., Art. 202 AGBGB. oder einer widerrechtlichen Verletzung im Sinne des § 823 BGB. hat der Kläger zu erbringen. Erbringt der Kläger diesen Nachweis nicht, so fehlt es der Klage an der erforderlichen Begründung und sie ist abzuweisen, erbringt er den Nachweis, so kann nicht gesagt werden, der Forstwart habe nicht in Ausübung der öffentlichen Gewalt gehandelt, weil er nicht befugt gewesen sei, zu schießen, sondern die Pflichtverletzung würde eben darin bestehen, daß der Beamte in Ausübung der öffentlichen Gewalt über seine Befugnisse hinausgegangen wäre.

Die Frage der Berechtigung zu dem Schießen auf den Hund kann nicht danach entschieden werden, ob in der Dienstanweisung das Schießen auf Hunde ausdrücklich gestattet ist. Es handelte sich, wie bei jeder Verwaltungstätigkeit darum, die im einzelnen Fall erforderliche Maßregel zu treffen, der nicht ein Verbot entgegenstand. Die fragliche Maßregel kann der öffentlichen Gewalt zustehen, auch wenn nicht jeder Privatmann zu einer solchen Handlung berechtigt war. Die Befugnis des Forstwartes ist daher keineswegs auf die Voraussetzungen der Selbsthilfe (§ 228 BGB.) angewiesen. Wenn vielmehr der Schuß auf den Hund nach der augenblicklichen Sachlage und der vorausgegangenen vergeblichen Warnung die einzig mögliche wirksame Maßregel zur Durchführung des Verbots war und dieser Maßregel nicht Verbote entgegenstanden, so konnte sie gerechtfertigt sein. Solche Verbote sind vorhanden in Beziehung auf die Verletzung von Menschen und es ist auch in der Dienstanweisung über den Waffengebrauch gegen Menschen besondere Bestimmung ge-

troffen. Dagegen muß z. B. die Anwendung körperlichen Zwangs gegen Menschen in weiterem Umfang, als durch Notwehr, Notstand, oder durch Selbsthilfe gemäß § 229 BGB., jedermann gestattet ist, zur Durchführung solcher Verwaltungsmaßregeln gestattet sein und nur wieder ihre Schranke an den Bestimmungen über Festnahme finden. Daß in gleicher Weise die Beschädigung von Sachen, Tieren, gestattet und die Rechtswidrigkeit damit ausgeschlossen sein kann, ist nicht zu bezweifeln. Die Dienstvorschriften können in dieser Richtung die Einzelbestimmungen nicht treffen, es muß im einzelnen Fall entschieden werden, welche Maßregel der Verwaltungstätigkeit die geeignete und erforderliche ist.

Die Rechtswidrigkeit einer Sachbeschädigung, die Widerrechtlichkeit einer Verletzung des Eigentums und die Verletzung einer Amtspflicht wird nicht bloß durch privatrechtliche Befugnis, sondern auch durch öffentlich rechtliche Befugnis ausgeschlossen. (Es wird nun ausgeführt, der Schuß sei als einzig mögliche Maßregel zur Durchführung der dem Forstwart obliegenden Amtshandlung anzusehen.)

Urt. des I. CS. vom 15. Juni 1906 i. S. Kugler g. Fiskus.

27.

Schadensersatzanspruch eines verunglückten Arbeiters gegen den Arbeitgeber auf Grund der Behauptung, der Arbeitgeber habe durch Unterlassung der Anzeige des Unfalls es verschuldet, daß der Arbeiter des Anspruchs auf Unfallrente verlustig gegangen sei.

Der in der Fabrik der Bekl. als Taglöhner beschäftigte Kl. hat am 16. Juli 1901 dadurch einen Unfall erlitten, daß er bei Besorgung eines von der Bekln. ihm aufgetragenen Ausgangs in einem Straßenbahnwagen, den er in der Friedrichsstraße in St. an der Haltestelle vor der Reichsbank bestiegen hatte, angeblich infolge unvermuteten Anziehens des Wagens einen Stoß erhalten habe, durch den ihm das linke

Ellbogengelenk rücklings auf die eiserne Stange an der Rückseite des Wagens aufgeschlagen wurde, so daß der Hakenfortsatz der Elle gebrochen sein soll. Er behauptet weiter, durch diesen Unfall dauernd zum Teil erwerbsunfähig geworden, jedoch durch Verschulden der Bekln. der gesetzlichen Unfallrente verlustig gegangen zu sein, da die Bekl. die vorgeschriebene Unfallanzeige verspätet erstattet habe und verlangt deshalb von ihr Ersatz für die entgangene Rente. Der Anspruch ist im Berufungsverfahren zu einem Drittel für gerechtfertigt erklärt worden.

In den

Gründen

ist u. a. ausgeführt:

Als ein im Fabrikbetrieb der Bekln. beschäftigter Arbeiter war der Kl. nicht allein gemäß § 1 Abs. 1 Ziff. 1 GewUVG. gegen die Folgen der bei dem Betrieb der Bekln. sich ereignenden Unfälle versichert, sondern es erstreckte sich diese Versicherung gemäß § 3 auch auf häusliche und andere Dienste, zu denen der Kl. neben der Beschäftigung im Betrieb von seinen Arbeitgebern oder deren Beauftragten herangezogen wurde. Ein solcher Dienst war der „Geschäftsgang", mit dessen Ausführung der Kl. in dem Geschäftsbetrieb der Bekln. gleichviel, von welchem Angestellten derselben, beauftragt worden war, und wenn er zu diesem Geschäftsgang die Straßenbahn benützte, so fiel die Gefährdung durch den elektrischen Straßenbahnbetrieb, in die er dadurch geriet, in den Kreis derjenigen Unfallsgefahren, gegen die ihm durch die gesetzliche Unfallversicherung Schutz gewährt war. Auf diesen Schutz hatte er nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes selbst dann Anspruch, wenn er sich den Unfall durch eigene Unvorsichtigkeit zugezogen haben sollte, denn nur bei vorsätzlicher Herbeiführung des Unfalls, die hier überall nicht in Frage steht, ist nach § 8 Abs. 2 GewUVG. der Versicherungsanspruch eines Verletzten und seiner Hinterbliebenen ausgeschlossen. Hienach kommt es für den Versicherungsanspruch des Kls. auch nicht darauf an, ob der

Kl. den Unfall durch unvorsichtige Bewegungen, durch Aufspringen auf den Straßenbahnwagen oder sonstwie, selbst herbeigeführt hat, bei Anwendung gehöriger Vorsicht aber hätte vermieden werden können. Dagegen wird allerdings in der Rechtsprechung des Reichsversicherungsamts angenommen, daß zwar Arbeiter auf Betriebswegen auch dann noch den Schutz der Versicherung genießen, wenn sie auf diesen Wegen sich eines üblichen oder zweckmäßigen Beförderungsmittels in angemessener Weise bedienen, daß dabei aber stets sowohl das gewählte Beförderungsmittel als auch die Art seiner Benützung „ordnungsmäßig" sein müsse. In Anwendung dieser Rechtsgrundsätze hat das Reichsversicherungsamt in einer Entscheidung vom 8. Februar 1904 [1]) einem Versicherten, der von der hinteren Plattform des Wagens einer elektrischen Straßenbahn abgesprungen war, solange der Wagen mit derjenigen Fahrgeschwindigkeit im Laufe war, die eine elektrische Straßenbahn innerhalb einer kleineren Stadt und zu nicht verkehrsreicher Zeit bei voller Fahrt durchschnittlich einzuhalten pflegt, die Rente für den hiebei erlittenen Unfall, durch den er, von einem angehängten zweiten Wagen überfahren, ein Bein verlor, deshalb versagt, weil die Art, in der er die Straßenbahn verlassen habe, derart unangemessen gewesen sei, daß damit die ordnungsmäßige Benützung aufgehört habe und der Zusammenhang mit seiner versicherten Tätigkeit gelöst worden sei. Entsprechend dieser Entscheidung hält die Bekl. dafür, daß auch dem Kl. ein Anspruch auf die Rente abzuerkennen gewesen wäre, da er den Straßenbahnwagen nicht, wie er behaupte, während eines Stillstands bestiegen habe, sondern während sich der Wagen in vollem Lauf befunden habe. Allein der Unfall des Kls. war nicht von der Art, daß er nur bei Besteigen eines im vollen Lauf befindlichen Wagens und nicht auch dann sich hätte ereignen können, wenn der Wagen, sei es daß der Kl. eben im Begriffe stand, ihn zu besteigen,

[1]) RVA. Nachr. 1904 S. 346.

oder ihn bereits bestiegen hatte, unversehens durch rasches Anziehen in Bewegung geriet und so dem Kl. den Stoß auf den Ellbogen versetzte. Es steht hienach im vorliegenden Fall keine über die Gefahren ordnungsmäßiger Benützung einer Straßenbahn hinausschreitende außerordentliche Gefahr einer an und für sich ordnungswidrigen Benützung in Frage, die über den Kreis der unter den Schutz des Versicherungsgesetzes gestellten Gefahren hinausfiele und das Tun des Kls. von dem Zusammenhang mit seiner unter gesetzlicher Versicherung stehenden Dienstleistung für die Bekl. loszulösen vermöchte. Hätte der Kl. also auch die Unvorsichtigkeit begangen, einen in vollem Lauf befindlichen Straßenbahnwagen zu besteigen, so hätte damit eine im Sinne der Unfallversicherung ordnungsmäßige Benützung des von ihm gewählten zulässigen Beförderungsmittels noch nicht aufgehört[1]).

Auf Grund des erwiesenen Sachverhalts ist hienach festzustellen, daß der Kl. nach §§ 8, 9, 10 und 93 GewUVG. für die Dauer seiner infolge des erlittenen Unfalls eingetretenen teilweisen Erwerbsunfähigkeit einen Anspruch auf eine in vierteljährlichen Beträgen vorauszuzahlenden Teilrente von jährlich 183 Mk. gegen die Berufsgenossenschaft gehabt hat. Dieser Anspruch ist dem Kl. in dem von der Versicherungsgesetzgebung geordneten Verfahren nur deshalb mit Recht aberkannt worden, weil es zur Feststellung einer Entschädigung für den Kl. von Amts wegen nicht gekommen war und der Kl. selbst seinen Entschädigungsanspruch nicht binnen 2 Jahren nach dem Eintritt des Unfalls angemeldet hatte.

Im gegenwärtigen Rechtsstreit verlangt nun der Kl. von der Bekln. nicht etwa Schadensersatz für den erlittenen Unfall (was durch § 135 GewUVG. ausgeschlossen ist), sondern Ersatz desjenigen Schadens, der ihm durch den Verlust seines gesetzlichen Anspruchs auf die Unfallrente zugegangen ist[2]).

[1]) Vgl. auch Handb. d. Unfallvers. Anm. 39 zu § 1.

[2]) Vgl. WürttJ. 9 S. 163.

Mit Recht macht der Kl. geltend, daß der Verlust seines Rentenanspruchs infolge schuldhaften Verhaltens der Bekl. eingetreten ist. Da der Kl. im Betrieb der Bekl. eine Körperverletzung erlitten hat, die nach den eigenen Aufzeichnungen der Bekl. in ihren „Rapportzetteln" eine teilweise Arbeitsunfähigkeit des Kls. von mehr als 3 Tagen zur Folge hatte, so war die Bekl. nach § 63 GewUVG. verpflichtet, binnen 3 Tagen nach dem Tage, an welchem sie von dem Unfall Kenntnis erhielt, bei der Ortspolizeibehörde und dem durch Statut bestimmten Genossenschaftsorgan schriftlich Anzeige zu erstatten. Diese Anzeige zu erstatten, wäre die Bekl. bei Anwendung gehöriger Sorgfalt in Erfüllung der dem Betriebsunternehmer gesetzlich obliegenden Verpflichtungen wohl schon im Juli 1901 in der Lage gewesen, so daß die nach §§ 64 GewUVG. an die Unfallanzeige sich anknüpfende amtliche Untersuchung des Unfalls zu einer Zeit hätte herbeigeführt werden können, als die Erhebung des Sachverhalts noch mit größerer Sicherheit möglich gewesen wäre. Denn wie die Bekl. nicht zu bestreiten vermochte und durch die Wahrnehmungen des Zeugen M. bestätigt wird, hatte der Gesellschafter R. L., der Vertrauensmann der zuständigen Berufsgenossenschaft ist, den Kl. am Tage nach dem Unfall mit dem Arm in der Schlinge gesehen und aus dem Kontrollbuch, das M. zu führen hatte, war zu ersehen, daß der Kl. um jene Zeit mehr als 3 Tage von der Arbeit wegblieb, also, wie zu unterstellen war, arbeitsunfähig gewesen ist. Zuzugeben ist allerdings, daß möglicherweise die schwere Folge des Unfalls, der Knochenbruch, damals noch nicht festgestellt worden und es so auch noch nicht zur Festsetzung einer Unfallrente gekommen wäre. Dagegen wäre die amtliche Untersuchung und die Feststellung der wahren Folgen des Unfalls unter allen Umständen im Sommer 1902 erfolgt, wenn die Bekl. damals die ihr obliegende Unfallanzeige erstattet hätte. Wegen des Unterbleibens dieser Anzeige glaubt indessen die Bekl. schon dadurch entschuldigt zu sein, daß sie weder von dem Kl. unmittelbar, noch durch einen ihrer An-

gestellten Kenntnis von dem Unfall erlangt habe. Dies könnte ihr jedoch nur dann zur Entschuldigung dienen, wenn sie ohne ihr eigenes Verschulden in Unkenntnis von dem Unfall geblieben wäre. Denn aus der Eigenschaft des GewUVG. als eines Teils der zur Fürsorge für die Lohnarbeiter bestimmten Gesetzgebung ist darauf zu schließen, daß es dem Betriebsunternehmer nicht erlaubt sein kann, durch absichtliche oder unabsichtliche Erschwerung der Kenntnisnahme von vorgekommenen Unfällen seine Pflicht zur Anzeigeerstattung einzuschränken, daß es ihm vielmehr obliegt, alle Vorkehrungen zu treffen, die zur alsbaldigen Ermittlung und zur Ermöglichung rechtzeitiger amtlicher Untersuchung von Betriebsunfällen dienlich sind. Dementsprechend ist dem Unternehmer in § 56 Abs. 3 GewUVG. auch die Verpflichtung auferlegt, in seinem Betrieb durch einen Aushang bekannt zu machen, welcher Berufsgenossenschaft und Sektion der Betrieb angehört, sowie die Adresse des Genossenschafts- und Sektionsvorstands anzugeben. Daß das Gesetz aber mit Erlassung dieser Vorschrift, über deren Erfüllung sich die Bekl. ausgewiesen hat, die Verpflichtungen des Betriebsunternehmers einschränkend festzustellen beabsichtigt habe, ist nicht anzunehmen. Bei gehöriger Fürsorge für die Ermöglichung von Unfallanzeigen in dem Betrieb der Bekln. hätte es nun nicht vorkommen können, daß die vielfachen Bemühungen des Kls., vor seinem Austritt bei der Bekln. eine Anzeige seines Unfalls herbeizuführen, ergebnislos geblieben wären. Der Zeuge S. erinnert sich dunkel, daß ihn der Kl. gebeten hat, seinen Unfall auf dem Kontor anzumelden, und daß er das auch getan habe. Der Zeuge K. bestätigt, daß der Kl. etwa ein Jahr nach dem Unfall bei ihm Anzeige erstattet und verlangt habe, der Unfall müsse angemeldet werden, doch hat der Zeuge dem Kl. den Bescheid gegeben, er solle sich an denjenigen Angestellten wenden, der zur Zeit des Unfalls die Anzeigen behandelt habe. Dieser Angestellte jedoch, der Zeuge Sch., hat den Kl. mit seinem Anliegen wegen der Anzeige an den Zeugen K. gewiesen und erinnert sich nicht,

von dem Kl. gehört zu haben, daß er von K. an ihn gewiesen sei. Der Zeuge F. endlich erklärte sich, als ihm der Kl. von der Weigerung der beiden Zeugen K. und Sch. sagte, bereit, freiwillig die Anzeige aufzunehmen. Mit Unrecht stützt die Bekl. darauf, daß es auch zu einer Anzeige durch F. nicht kam, den Vorwurf eigenen Verschuldens gegen den Kl. Es steht nicht fest, daß der Kl. von den Erfordernissen einer Anzeige eine hinreichende Vorstellung gehabt habe, um zu erkennen, daß auch F., da seine Unterhandlung mit ihm durch eine Abberufung zu einem der Geschäftsherrn abgebrochen wurde, die Anzeige nicht erstatten könne und werde.

Ueberdies aber zeigt der von den genannten Zeugen bekundete Hergang und die Tatsache, daß die Bekl. im Prozeß vortragen ließ, die Besorgung der Unfallanzeigen sei den Gesellschaftern der Firma vorbehalten gewesen, daß es die Bekl. an den nötigen Vorkehrungen zur sicheren Ermöglichung von Unfallanzeigen durchaus hat fehlen lassen und ihre Arbeiter dadurch der Gefahr ausgesetzt hat, mit dem Verlangen der Anzeige von Betriebsunfällen vergebens hin- und hergeschickt und schließlich nicht erhört zu werden. Es steht demnach fest, daß die Bekl. die ihr obliegende gesetzliche Anzeigepflicht schuldhafterweise unerfüllt gelassen und sich damit gegen ein den Schutz des Kls. als eines versicherten Lohnarbeiters bezweckendes Gesetz verfehlt hat. Daß sie damit auch gegen ihre Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag verstoßen haben, ist[1]) zu verneinen, dagegen ist sie gemäß § 823 Art. 1 und 2 BGB. (ohne daß es auf einen Entlastungsbeweis im Sinn des eine Verschuldung nicht voraussetzenden § 831 ankäme), durch den begangenen Verstoß gegen das GewUVG. dem Kl. zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet worden, wenn ihr nicht ihre hiegegen erhobene weitere Einwendung zu statten kommt, daß den Kl. ein eigenes Verschulden an diesem Schaden treffe.

---

[1]) Entsprechend RG. 58 S. 102.

Es ist nun kein Zweifel, daß bei der Entstehung des Schadens auch ein Verschulden des Klägers mitgewirkt hat. Hätte der Kl. vor Eintritt der Ausschlußfrist des § 72 GewUVG., also vor dem 16. Juli 1903, zur Verfolgung seines Entschädigungsanspruchs, über dessen Bestand ihm selbst die sicherste Kenntnis zu Gebot stand, weitere geeignete Schritte unternommen, so wäre ihm die nachmals versagte Rente sicher zugesprochen worden. Die Wege zur Verfolgung seiner Ansprüche durch Angehung der in dem Aushang bezeichneten Berufsgenossenschaftsorgane oder durch Erkundigung bei der Ortspolizeibehörde oder der Ortsbehörde für Arbeiterversicherung oder bei sonst Unterrichteten zu finden, wäre ein Leichtes für den Kl. gewesen, wenn er sich die Wahrnehmung seiner Rechte hätte angelegen sein lassen. Mag es mit seiner eigenen Gesetzeskenntnis bestellt gewesen sein, wie ihm wolle, so hat er abgesehen von der Frage, ob ihm Gesetzesunkenntnis nicht zur Schuld anzurechnen wäre, durch sein Verhalten eine Gleichgültigkeit in der Verfolgung seiner Interessen an den Tag gelegt, die ihm zur Schuld angerechnet werden muß.

Urt. des I. CS. vom 29. Dezember 1905 i. S. Leins g. Grötzinger.

28.

Klage gegen eine Firma.

(Wer gilt als verklagt und verurteilt? Behandlung des Einspruchs eines nach Klagerhebung an Stelle des bisherigen Firmeninhabers getretenen Firmeninhabers.)

Die Klin. hat am 17. August 1903 Klage auf Bezahlung von 866 Mk. 70 Pfg. nebst Zinsen erhoben gegen „die Firma A. M. u. Cie., Buchdruckerei", „Inhaber Eugen Döttinger". Im Termin vom 13. Oktober 1904, wozu Klin. die beklagte Firma „Inhaber Eugen Döttinger" geladen hatte, erging gegen die „Firma A. M. u. Co., Buchdruckerei" Versäumnisurteil auf Bezahlung von 588 Mk. 80 Pfg. nebst Zinsen. Dieses Urteil ließ die Klin. am 20. Oktober 1904

der Pauline Döttinger (Ehefrau des Eugen Döttinger), als der jetzigen Geschäftsinhaberin, zustellen. Die Pauline Döttinger hatte nämlich im August 1904 das Geschäft des Eugen Döttinger nebst der Firma A. M. u. Cie. ohne Aktiven und Passiven käuflich übernommen, wie am 8. August 1904 ins Handelsregister eingetragen, am 10./12. August 1904 in den öffentlichen Blättern bekannt gemacht worden war.

Am 24. Oktober 1904 erhob Pauline Döttinger gegen das Versäumnisurteil Einspruch. Nachdem dieses auf Antrag der Klin. durch Gerichtsbeschluß vom 15. Dez. 1904 dahin berichtigt worden war, daß darin als Bekl. „die Firma A. M. u. Cie., Inhaber Eugen Döttinger" bezeichnet worden war, hat die Pauline Döttinger im Termin zur mündlichen Verhandlung über ihren Einspruch nur noch beantragen lassen, die Kosten des Einspruchsverfahrens der Klin. aufzuerlegen, welchem Antrag die Klin. widersprach.

Das Urteil vom 22. Dez. 1904 hat die Kosten des Einspruchsverfahrens „der jetzigen Inhaberin der Firma A. M. u. Cie., Pauline Döttinger" auferlegt.

Die Beschwerde der Pauline Döttinger gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

Das Versäumnisurteil vom 20. Oktober 1904 hat unter der Bezeichnung der „Firma A. M. u. Cie. denjenigen Inhaber dieser Firma für schuldig erklärt, der Klin. die im Urteil genannte Summe zu bezahlen, der dies zur Zeit der Klagerhebung war, also den Eugen Döttinger[1]). Eine gültige Zustellung des Urteils konnte daher nur an Eugen Döttinger erfolgen und eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil war nur gegen Eugen Döttinger zulässig: der Gerichtsvollzieher durfte auf Grund des Versäumnisurteils nur gegen die Person vorgehen, von der ihm nachgewiesen war, daß sie zur Zeit der Klagerhebung Inhaber der bekln. Firma

[1]) Vgl. Staub: Komm. zum HGB. Anm. 4, 18 zu § 17; RG. 54 Nr. 6.

war [1]); einer unzulässiger Weise gegen sie auf Grund des Versäumnisurteils eingeleiteten Zwangsvollstreckung konnte die Beschwerdeführerin widersprechen und nötigenfalls dagegen die Hilfe des Gerichts anrufen.

Andererseits war aber die Beschwerdeführerin nicht befugt, ihrerseits gegen das Versäumnisurteil, das nicht auf ihren Namen lautete, nicht gegen sie ergangen war und sie nicht berührte, Einspruch zu erheben; das Landgericht hätte vielmehr diesen Einspruch, wenn die Beschwerdeführerin ihn weiter verfolgt hätte, als unzulässig, weil nicht von einer Prozeßpartei eingelegt, verwerfen müssen. Daraus folgt ohne weiteres, daß, nachdem die Beschwerdeführerin den Einspruch als durch die Berichtigung des Versäumnisurteils gegenstandslos geworden, nicht weiter verfolgte und demgemäß nur ein Urteil in betreff der Kosten des Einspruchsverfahrens zu ergehen hatte, diese durch Einlegung eines unzulässigen Einspruchs entstandenen Kosten der Beschwerdeführerin und nicht der Klin. zur Last zu legen waren: vgl. arg. § 97 Abs. 1 CPO.

Die Tatsache, daß die Einspruchsklin. in Wirklichkeit nicht Prozeßpartei war, bildete kein Hindernis, die Kosten des von der Pauline Döttinger veranlaßten Einspruchsverfahrens ihr aufzuerlegen; denn dieser Mangel wurde erst durch das auf die Verhandlung vom 15. Dez. 1904 ergehende Urteil festgestellt; äußerlich war in dem Einspruchsverfahren die Pauline Döttinger als Prozeßpartei aufgetreten, indem sie behauptete, das erlassene Vers.-Urt. sei gegen sie ergangen, und mußte deshalb auch sich als Partei behandeln lassen: in ähnlicher Weise ist, wie dieser Senat schon früher ausgesprochen hat [2]), auch in dem Fall, wenn sich herausstellt, daß eine Partei der Prozeßfähigkeit ermangelt, der Rechtsstreit durch Urteil, das auch über die Kostentragung zu entscheiden hat, zu erledigen [3]).

---

[1]) S. Staub a. a. O. Anm. 20. [2]) Vgl. WürttZ. 14 S. 60 ff.
[3]) Auch arg. RG. 29 Nr. 109 insbes. S. 411.

Die Klin. hat darauf 2 Kostenrechnungen eingereicht. In der ersten „in Sachen der Firma P. u. H. gegen Eugen Döttinger, früher Inhaber der Firma A. M. u. Cie." hat sie eine volle Prozeßgebühr (mit 24 Mk.) und eine halbe Verhandlungsgebühr, in der zweiten „in Sachen der Firma P. u. M. gegen die Firma A. M. u. Cie., Inhaberin Frau Pauline Döttinger" hat sie je eine volle Prozeß- und Verhandlungsgebühr mit je 19 Mk. berechnet. Ihre Beschwerde gegen den Abstrich der letzterwähnten Prozeßgebühr ist zurückgewiesen worden. In den

Gründen

ist nach Wiedergabe des einschlägigen Teils des erstangeführten Beschlusses gesagt:

Hieraus folgt, daß das Einspruchsverfahren als Teil des Rechtsstreits in Sachen P. u. H. gegen A. M. u. Cie. zu behandeln war; von dem Standpunkt aus, den die Beschwerde einnimmt: es habe sich bei dem Einspruchsverfahren „um einen völlig selbständigen Prozeß zwischen der Klin. und Frau Pauline Döttinger" gehandelt, hätte über Kosten eines Einspruchsverfahrens überhaupt nicht entschieden werden können, vielmehr die beantragte Entscheidung im Kostenpunkt abgelehnt werden müssen, weil zwischen der Klin. und der Frau Pauline Döttinger kein Rechtsstreit anhängig sei. War aber das Einspruchsverfahren als Teil des Rechtsstreits der Firma P. u. H. gegen A. M. u. Cie. zu behandeln, so folgt daraus ohne weiteres, daß der Prozeßbevollmächtigte der Klin. nicht eine zweite Prozeßgebühr zu beanspruchen hat: § 27 Abs. 1 RAGO.

Beschlüsse des I. CS. vom 25. Jan. und 2. Mai 1905 i. S. Pönsgen u. Hayer gegen A. Müller u. Cie.

29.

Nichtigkeit der Auflassung zufolge Nichtigkeit des der Eigentumsübertragung zu Grund liegenden Kaufs?

Ueber diese Frage ist in den

Gründen
eines Berufungsurteils bemerkt:

Aus der Anfechtbarkeit des Kaufvertrags folgt nicht von selbst auch diejenige der Auflassung. Die letztere ist als abstrakter dinglicher Vertrag losgelöst von dem ihr unterliegenden Kausalgeschäft, dessen Erfüllung sie ist. Die wirksame Anfechtung des Kaufvertrags als solche begründet daher nicht die Nichtigkeit der Auflassung, sondern nur die Kondizierbarkeit der gemachten Leistungen bezw. gegebenenfalls auch einen Schadensersatzanspruch des Verletzten [1]).

Die Anfechtbarkeit der Auflassung folgt auch nicht etwa aus § 139 Abs. 1 BGB., da die Auflassung nicht als Teil eines einheitlichen aus ihr und aus dem Kaufvertrag zusammengesetzten Rechtsgeschäfts betrachtet werden kann.

Urt. des II. CS. vom 15. Februar 1906 i. S. Hauff g. Bühl.

30.

Wie ist eine Kostenkautionshypothek im Zwangsversteigerungsverfahren zu behandeln, die für eine bestehenbleibende Forderung bestellt ist?

Auf dem im Weg der Zwangsversteigerung verkauften Anwesen des A. M. hafteten 8 Hypotheken: 1) eine Hypothek von 10 000 Mk. zugunsten der württ. Sparkasse für ein Darlehen, 2) desgl. Kostenkaution in Höhe von 300 Mk. für die

[1]) Vgl. die Denkschrift zum Entwurf eines BGB. S. 174, Mugdan, Materialen z. BGB. Bd. 3 S. 524, Cosack, Bürgerl. Recht Bd. 2 § 196 Nr. 6b, Turnau-Förster, Das Sacheurecht des BGB. Bd. 1 S. 96; Gruchots Beiträge Bd. 37 S. 339 ff., Predari, Komm. z. GBO. S. 108, Planck, Komm. z. BGB. § 873 Anm. 5b, Staudinger, Komm. z. BGB. Anm. VI 2b, RG. Bd. 54 S. 137 ff., JW. von 1903 Beil. S. 119 Nr. 264, SeuffA. Bd. 60 Nr. 35, OLG. Dresden im Sächs. Archiv Bd. 13 S. 380 ff.; dagegen: OLG. Dresden in Rspr. OLG. 13 Nr. 21 h 8, Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 3 § 64 Nr. 3. — Vgl. nunmehr RG. 63 Nr. 48 Anm. d. Red.

der Sparkasse aus Veranlassung und während der Dauer des Schuldverhältnisses erwachsenden Kosten; 3—7) Hypotheken zugunsten der Klin., 8) Hypothek zugunsten der Bekln. Die Hypotheken Ziff. 1) und 2) waren im Jahr 1896 eingetragen. Im Zwangsversteigerungsverfahren erklärte die Sparkasse, in betreff der Kostenkaution seien bis jetzt nur 28 Pfg. Portokosten erwachsen. Bei Festsetzung des geringsten Gebots wurden die Hypotheken Ziff. 1—7 als bestehenbleibende Rechte behandelt und der bar zu bezahlende Teil des geringsten Gebots auf 1842 Mk. festgesetzt. Klin. erhielt das Anwesen um 1850 Mk. zugeschlagen. Die (mit ihrer Forderung zum größten Teil ausgefallene) Bekl. beantragte im Verteilungstermin mit der Begründung, daß bezüglich der Kostenkaution eine persönliche Forderung der Sparkasse nicht entstanden sei, Zuteilung der 300 Mk. an sie (Bekl.), welchem Antrag Klin. unter Berufung auf Art. 215 AGBGB. widersprochen hatte. Zugunsten des bezeichneten Anspruchs der Bekln. ist eine Sicherungshypothek eingetragen worden. In dem darauf entstehenden Rechtsstreit, der verschiedene weitere Streitpunkte der Parteien betraf, wurde vom Berufungsgericht in betreff dieser 300 Mk. erkannt: „Es wird festgestellt, daß der Bekln. W.Klin. aus der Immobiliarzwangsversteigerung gegen A. M. eine Ersatzforderung in Höhe von 300 M. gegen die Klin. W.Bekl. zusteht, wenn und insoweit die Kostenkautionshypothek der württ. Sparkasse in Höhe von 300 Mk. sich in eine Eigentümergrundschuld der M.schen Erben verwandelt und sodann die Klin. diese Eigentümergrundschuld gemäß Art. 215 AGBGB. löschen läßt".

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Die unter Geltung des alten Rechts — am 24. Januar 1896 — eingetragene Kostenkautionshypothek über 300 Mk. gilt seit 1. Januar 1900, von welchem Tag an das Grundbuch in Württemberg als angelegt anzusehen ist (K. Verord-

nung vom 30. Juli 1899 Reg.Bl. S. 540) gemäß Art. 192 Abs. 1 EGBGB. als eine Hypothek, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen ist und zwar, da der Betrag der Forderung, für welche das Pfandrecht besteht, nicht bestimmt ist, als Sicherungshypothek — genauer gesagt: als Maximalhypothek im Sinn des § 1190 BGB. Die am 19. November 1902 eingetragene Sicherungshypothek zugunsten der Klin. ist gleichfalls Maximalhypothek. Wenn und insoweit nun endgültig feststeht, daß die Forderungen, für welche diese Hypotheken bestellt sind, nicht zur Entstehung gelangt sind, verwandeln sich diese Hypotheken gemäß § 1184 ff. BGB. vgl. mit 1163 Abs. 1 und 1177 Abs. 1 BGB. in Eigentümerhypotheken (bezw. Eigentümergrundschulden)[1]). Und zwar steht die Eigentümerhypothek demjenigen zu, welcher Eigentümer des belasteten Grundstücks war, als die Hypothek durch Eintragung zur Entstehung gelangte[2]). Eigentümer war im vorliegenden Fall der Wirt M., an dessen Stelle nunmehr dessen noch unbekannte Erben getreten sind. Die Bekl. macht geltend, die beiden Maximalhypotheken können sich um deswillen nicht in Eigentümergrundschulden verwandeln bezw. haben sich nicht verwandeln können, weil erst im Verteilungstermin habe festgestellt werden können, ob und inwieweit die Forderungen, zu deren Sicherung die Hypotheken bestimmt gewesen seien, nicht zur Entstehung gelangt seien. In diesem Zeitpunkt seien aber die Maximalhypotheken bereits durch Zuschlag erloschen gewesen. Mit Recht führt dagegen der Unterrichter aus, daß diese Maximalhypotheken gemäß § 52 verb. mit § 91 Abs. 1 ZVG. nicht durch den Zuschlag erloschen sind, weil dieselben nach den Versteigerungsbedingungen als bestehen bleibend behandelt worden sind.

Soweit sich nun ergeben hat oder künftig ergibt, daß den Maximalhypotheken Forderungen nicht zu Grunde lagen, kann also nicht gesagt werden, daß die Hypotheken i. S. des

[1]) Planck, BGB. § 1185 Bem. 2c, § 1190 Bem. 4.

[2]) Planck, BGB. § 1190 Bem. 4a; RG. 55 S. 220.

§ 50 ZVG. nicht bestanden haben bezw. bestehen, vielmehr standen bezw. stehen die Hypotheken eben insoweit dem Eigentümer zu.

Bezüglich der Kostenkautionshypothek von 300 Mk. ist zurzeit eine Forderung der Württ. Sparkasse nicht zur Entstehung gelangt.

Wohl aber kann künftig eine Kostenforderung dieser Gläubigerin erwachsen, für welche die nach den Versteigerungsbedingungen als bestehend bleibend behandelte Kostenkautionshypothek von der Gläubigerin geltend gemacht werden kann. Andererseits aber war schon zurzeit der Feststellung des geringsten Gebots mit der Möglichkeit zu rechnen, daß eine Kostenforderung der Württ. Sparkasse künftig nicht oder nur in einem geringeren Betrage als 300 Mk. zur Entstehung kommt und daß sich endgültig ergeben wird, daß auch für später die Entstehung einer solchen Kostenforderung bezw. einer höheren Kostenforderung ausgeschlossen ist. So ist es z. B. möglich, daß die jetzige Eigentümerin des Anwesens (die Klin.) der Württ. Sparkasse oder daß letztere der ersteren die Hypothek von 10 000 Mk. kündigt und daß sodann die Klin. diesen Betrag anstandslos heimbezahlt, ohne daß irgendwelche Kündigungs- oder Beitreibungskosten oder doch Kosten in einem die Summe von 300 Mk. erreichenden Betrag erwachsen.

In diesem Falle steht nun allerdings die Kostenkautionshypothek nach dem oben Ausgeführten den M.schen Erben als Eigentümergrundschuld zu. Allein es kann dann in diesem Falle die Klin. auf Grund ihrer am 24. Januar 1896, also vor Anlegung des Grundbuchs, eingetragenen Hypothek von 6100 Mk. gemäß Art. 215 Abs. 1 AGBGB. (vgl. mit Art. 194 EGBGB. und 1179 BGB.) die Löschung dieser Eigentümergrundschuld in gleicher Weise verlangen, wie wenn zur Sicherung des Rechts auf Löschung eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen wäre. Die Kostenkautionshypothek hat daher schon zurzeit der Feststellung des geringsten Gebots die Möglichkeit in sich getragen, sich in

eine **solche** Eigentümergrundschuld zu verwandeln, welche ohne weiteres und ohne daß aus dem Grundstück eine Leistung zu machen wäre, gemäß Art. 215 AGBGB. in nichts zusammensinken kann. Die Kostenkautionshypothek ist also als resolutiv bedingtes Recht i. S. des § 50 Abs. 2 Ziffer 1 des ZVGs. anzusehen [1]).

Gemäß § 50 Abs. 2 Ziff. 1 ZVG. hatte also die Klin. als Ersteherin für den Fall des Eintritts der auflösenden Bedingung außer dem Bargebot auch den Betrag der bei Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigten Kautionshypothek von 300 Mk. zu bezahlen und zwar hatte, da ungewiß war, und noch jetzt ungewiß ist, ob der weitere Betrag zu zahlen ist, die Zuteilung und Uebertragung unter der entsprechenden Bedingung, — nämlich daß und insoweit die Kostenkautionshypothek sich in eine Eigentümergrundschuld verwandelt und sodann die Klin. diese Eigentümergrundschuld gemäß Art. 215 Abs. 1 AGzBGB. löschen lassen würde — zu erfolgen. Dementsprechend war gemäß § 128 Abs. 1 ZVG. die Sicherungshypothek einzutragen.

Nur durch diese Behandlungsweise kann das offensichtlich unrichtige Ergebnis vermieden werden, daß unter Umständen ein Recht, das bei der Feststellung des geringsten Gebots berücksichtigt worden, dessen Fortbestehen also dem Ersteher auf den Kaufpreis gutgebracht ist, ohne jede Gegenleistung des Erstehers in Wegfall kommt, so daß der Ersteher das Grundstück um den betreffenden Betrag zu billig erhalten würde.

Urt. des III. CS. vom 13. Febr. 1906 i. S. Rettenmeyer g. Oppenheimer.

---

[1]) Vgl. **Jäckel**, ZVG. 2. Aufl. §§ 50, 51 Bem. 4b, **Reinhard**, ZVG. § 50 Bem. 5, **Rieder**, AG. zu BGB. Art. 215 Bem. 2.



31.

Entsteht, wenn ein Gläubiger der für einen Baukredit von bestimmter Höhe eingeräumten Hypothek den Vorrang vor seiner Hypothek einräumt, soweit der Baukredit nicht in der vorgesehenen Höhe gewährt wird, eine Eigentümergrundschuld, die der Hypothek des zurückgetretenen Gläubigers im Rang vorgeht?

Die Firma E. hat an den Architekten H. 2 Grundstücke verkauft. H. bewilligte die Eintragung einer Hypothek für das Kaufgeld. Weiter war bestimmt: „Der Käufer ist berechtigt, auf dem erkauften Grundstück oder auf Teilen desselben einen Baukredit sowohl als ein stehendes Kapital in folgender Weise aufzunehmen: Der Baukredit darf die Höhe von 60% der durch einen Sachverständigen zu fertigenden provisorischen Schätzung der zu errichtenden Gebäulichkeiten erreichen. Dieser Baukredit darf, wenn die Gebäulichkeiten fertiggestellt sind, in ein stehendes Kapital von 60% der gemeinderätlichen Schätzung des Anwesens unter beliebigen Verzinslichkeits- und Zahlungsbedingungen umgewandelt werden. Die Verkäuferin räumt der für den Baukredit bezw. das feste Kapital zu bestellenden Hypothek das Vorrecht vor ihrer Hypothek für die Kaufgeldforderung ein. Die Eintragung einer diesbezüglichen Vormerkung im Grundbuch wird bewilligt und beantragt". Für die Verkäuferin wurde an erster Stelle eine Buchhypothek von 43 740 Mk. für das Kaufgeld, zugleich auch eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Grundstückeigentümers auf Rangabtretung bis zu 60% des Schätzungswertes im Grundbuch eingetragen. H. wollte auf dem gekauften Platze ein Doppelhaus errichten. Die Rheinische Hypothekenbank sagte ihm ein Baudarlehen von 60% des Schätzungswertes des bebauten Grundstücks zu und dementsprechend wurde für sie eine Briefhypothek von 124 800 Mk. am 26. November 1902 auf dem Grundstück eingetragen. Dazu ist am 8. Dezember 1902 auf Grund der

Eintragungsbewilligung der Firma E. vermerkt, daß der Hypothek der Rhein. Hypothekenbank von 124 800 Mk. der Vorrang vor der Kaufgeldhypothek der Firma E. zum Restbetrage von 28 740 Mk. zusteht. Die Rhein. Hypothekenbank hat auf ihre Hypothek nach und nach an Darlehensgeldern nur 112 000 Mk. gezahlt. Bei der Zwangsversteigerung des einen der beiden Grundstücke wurde — nach Befriedigung der Rhein. Hypothekenbank um den auf diesem Grundstück sichergestellten Forderungsbetrag — der Betrag von 11 278 Mk. der Konkursmasse H. unter Voraussetzung des Bestehens einer Eigentümergrundschuld in diesem Betrag und der Rest der Teilungsmasse dem Kl. zugewiesen, dem die Kaufgelderhypothek der Firma E. abgetreten war und der hienach mit 4546 Mk. ausfiel. Auf seine Klage ist im Berufungsverfahren festgestellt worden, daß der Konkursmasse kein Anspruch auf die ihr zugewiesenen 11 278 Mk., sondern nur ein solcher auf 6732 Mk. zustehe.

Aus den

Gründen:

Der Eigentümergrundschuld des Gemeinschuldners ist der im Grundbuch eingetragene Vorrang vor der Hypothek des Kls. dadurch zugefallen, daß dessen Rechtsvorgänger in ihrer Erklärung vom 1. Dezember 1902 den Rücktritt ihrer Hypothek gegenüber derjenigen der Rheinischen Hypothekenbank in ihrer ganzen im Grundbuch eingetragenen Höhe erklärt haben. Es kann aber nicht wohl bestritten werden, daß dieser Erfolg nicht im Sinne des zwischen den Gebrüdern E. und dem Gemeinschuldner am 16. Oktober 1902 abgeschlossenen Kaufvertrags gelegen war. In diesem Kaufvertrag hatte der Käufer den Verkäufern für ihre Kaufpreisforderung die Bestellung einer Hypothek zugesichert und sich nur insoweit eine Einschränkung dieser hypothekarischen Sicherstellung ausbedungen, als die Verkäufer zur Ermöglichung einer Ueberbauung des verkauften Grundstücks und der Beschaffung der dazu erforderlichen Gelder bis zur Höhe von 60 % des Schätzungswerts einer Baugelderhypothek den Vorrang ein-

räumen sollten. Nicht abstrakt und unbeschränkt sollten also die Verkäufer mit ihrer Hypothek zurücktreten, sondern nur zur Erreichung eines vereinbarten Zwecks und unter Beschränkung auf diesen Zweck. Diese Beschränkung durch eine rechtsgeschäftliche Bedingung zu formulieren oder ausdrücklich als eine „Voraussetzung" hervorzuheben, haben die Beteiligten allerdings versäumt. Hätte sich aber der Käufer an die getroffene Zweckberedung nicht gekehrt und zu beliebigen anderweitigen Zwecken Gelder auf das Grundstück aufgenommen, so ist kein Zweifel, daß sich der Verkäufer hiegegen als gegen eine Vertragsverletzung hätte zur Wehr setzen, die Bewilligung des Vorrangs versagen und, wofern sie bereits erfolgt wäre, auf deren Rückgängigmachung hätte dringen können. Nicht weniger vertragswidrig und ebenso sehr ein Mißbrauch der bedungenen Vorrechtseinräumung wäre eine Verdrängung der Verkäufer durch die Eigentümerhypothek, die aus der von ihnen im Rang vorgelassenen Hypothek entsprungen ist. Eine ausdrückliche Verwahrung gegen eine solche Eventualität enthält allerdings weder der Kaufvertrag noch die zu dessen Erfüllung ausgestellte Eintragungsbewilligung der Gebrüder E. vom 1. Dezember 1902. Das war aber auch nicht nötig. Denn keinenfalls läßt sich aus der Eintragungsbewilligung die Feststellung ableiten, daß Gebrüder E. über ihre im Kaufvertrag übernommene Verpflichtung hinaus im Rang zurücktreten wollten, und sie konnten daher gegenüber dem Anspruch des Gemeinschuldners, für die entstandene Eigentümergrundschuld vor ihnen Befriedigung aus dem Grundstück zu erlangen, geltend machen, daß dies wider die Abrede sei, die ihnen von dem Gemeinschuldner für ihre Kaufpreisforderung bestellte Hypothek ihnen vielmehr Befriedigung vor dem Gemeinschuldner sichern müsse. Eben dieses Recht ist aber durch die erfolgte Abtretung auf den Kläger übergegangen und derselbe kann daher als Rechtsnachfolger ebenso wie seine Rechtsvorgänger Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung erheben, einen Anspruch, der von der Konkurseröffnung unberührt geblieben ist, da es sich um

Befriedigung aus einem der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegenden Vermögensteil handelt (§ 47 KO.). Es ist hienach der erhobene Klaganspruch für begründet zu erklären.

Urt. des I. CS. vom 15. Dez. 1905 i. S. Breitmeyer g. Harosche Konkursmasse.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

32.

Welches Recht ist in einer von der Ehefrau als Klin. anhängig gemachten Ehescheidungssache anzuwenden, wenn sie als Deutsche sich mit einem Italiener verehelicht und letzterer nachher die württ. Staatsangehörigkeit nur für seine Person erlangt hat?

Hierüber sagen die

Gründe

eines Berufungsurteils:

Wenn auch der Bekl. selbst seinen Antrag auf Abweisung der Scheidungsklage nicht damit begründet hat, daß italienisches Recht zur Anwendung komme, nach diesem aber Scheidung der Ehe überhaupt nicht ausgesprochen werden könne, so hat doch das Gericht vermöge der ihm obliegenden Pflicht zu prüfen, ob der von ihm gestellte Antrag als rechtlich begründet anerkannt werden kann, vor allem festzustellen, nach welchem Recht über den Antrag zu entscheiden ist, sosoweit aus den vorgetragenen Tatsachen sich Zweifel hierüber ergeben.

Im vorliegenden Fall führt die Prüfung zu der Anwendung des deutschen Rechts des BGB. Durch die Eheschließung mit einem Ausländer hat die Klin. nach der Bestimmung des § 13 StAng.G. die deutsche Staatsangehörigkeit verloren, und zwar hatte diese Wirkung auch die im Ausland (Schweiz) nach den dortigen Gesetzen geschlossene Ehe [1].

[1] Cohn, StAngG. zu § 5 S. 38.

Gleichzeitig hat sie die Staatsangehörigkeit ihres Ehemanns, die italienische, erworben (Art. 9 im Buch I. Tit. I. cod. civ.), da auch das italienische Recht die im Ausland nach dortigen Gesetzen geschlossene Ehe als gültig anerkennt, sofern sie nicht, was im vorliegenden Fall nicht in Frage steht, den in Italien gegebenen Bestimmungen über Ehehindernisse zuwiderläuft [1]). Infolge der Naturalisation ihres Ehemanns hat nun aber die Klin. die italienische Staatsangehörigkeit wieder verloren. Denn nach dem italienischen Recht wird die Staatsangehörigkeit verloren durch Verzicht; Verzicht liegt darin, daß jemand zufolge seines Antrags im Ausland die fremde Staatsangehörigkeit erlangt. Der Verzicht des Ehemanns zieht aber für die Frau den Verlust der italienischen Staatsangehörigkeit nach sich, es sei denn, daß die Frau (was bezüglich der Klin. nicht zutrifft), ihren Aufenthalt im Kgr. Italien beibehält: Art. 11 cod. civ. [2]). Die deutsche Staatsangehörigkeit hat jedoch die Klin. durch die Naturalisation des Bekl. nicht erlangt, weil bei der Naturalisation die Ehefrau ausgenommen worden ist: § 11 StAngG. [3]). Sie ist also staatlos geworden.

Der geltend gemachte Ehebruch hat sich nach der Naturalisation ereignet, also zu einer Zeit, zu der der Ehemann deutscher Staatsangehöriger, die Ehefrau nirgends Staatsangehörige gewesen ist.

Für diesen Fall trifft die Haager Konvention über die Ehescheidung, welche im deutschen Reich durch die Sanktion der gesetzgeberischen Faktoren Gesetzeskraft erhalten hat, keine Bestimmung. Der Art. 8 der Konvention, der seinem Wortlaut nach zur Anwendung gebracht werden könnte, bezieht sich auf den Fall, daß „die Ehegatten nicht dieselbe Staatsangehörigkeit besitzen (si les époux n'ont pas la même na-

[1]) Vgl. Marquardsen, Hdb. des öffentl. Rechts Band 4 S. 26; Hahn, Eherecht der europ. Staaten S. 348; dazu Art. 100 cod. civ.; Hahn, S. 371, 372/3.

[2]) Vgl. Brusa bei Marquardsen S. 28.

[3]) Vgl. Cohn zu § 11 S. 107/108.

tionalité)". Darunter ist verstanden, daß die Ehegatten je eine verschiedene Staatsangehörigkeit und zwar jeder eine solche eines der Vertragsstaaten haben, nicht aber fällt darunter der Fall, daß der eine Ehegatte seine Staatsangehörigkeit gewechselt, der andere sie überhaupt verloren hat, staatlos geworden ist. Denn die Konvention stellt eine Vereinbarung der verschiedenen beteiligten Staaten darüber dar, welches Recht im Falle der Kollision der Rechte der Vertragsstaaten zur Anwendung zu kommen hat. Der Fall dieser Kollision liegt aber nicht vor, wenn zwar der eine Ehegatte zufolge seiner Staatsangehörigkeit dem Rechte des einen Staates untersteht, der andere Ehegatte aber sich überhaupt auf kein Recht berufen kann, das er auf Grund der Staatsangehörigkeit in Anspruch nehmen könnte. Es kommt darum wieder die Vorschrift des Art. 17 EGBGB. zur Anwendung, welche nur insoweit, als Art. 8 der Konvention reicht, durch diesen aufgehoben ist. Danach sind für die Scheidung die Gesetze des Staats maßgebend, dem der Ehemann zur Zeit der Erhebung der Klage angehört, und dies ist hier das deutsche Gesetz, das BGB.

Urt. des I. CS. vom 1. Juni 1906 i. S. Ferrario g. Ferrario.

33.

Ein Anspruch der Ehefrau auf Gewährung von Unterhalt in Form einer Rente kann begründet sein, auch wenn § 1361 Abs. 1 BGB. nicht zutrifft.

In den den Sachverhalt ergebenden

Gründen

eines Berufungsurteils ist gesagt:

Nach § 1360 Abs. 1 BGB. hat der Mann der Frau nach Maßgabe seiner Lebensstellung seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit Unterhalt zu gewähren.

Nach Abs. 3 des § 1360 BGB. ist der Unterhalt in der durch die eheliche Lebensgemeinschaft gebotenen Weise zu

gewähren. Nun ist aber weiter unbestritten, daß die Klin. mit Einwilligung des Bekln. die eheliche Wohnung verlassen hat, daß sie seitdem von dem Bekln. getrennt lebt und daß der Bekl. die Herstellung des ehelichen Lebens verweigert. Der Bekl. anerkennt, daß er zu dieser Weigerung nicht berechtigt ist. Der Tatbestand des § 1361 BGB. liegt zwar mit Rücksicht auf den letzteren Umstand nicht vor, da § 1361 voraussetzt, daß einer der getrennt lebenden Ehegatten die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern darf. Allein der Anspruch des Ehegatten auf Gewährung des Unterhalts durch Entrichtung einer Geldrente beschränkt sich keineswegs auf den Fall des § 1361 BGB.; er kann auch auf § 1360 BGB. gestützt werden, nämlich dann, wenn die Unterhaltsgewährung durch Naturalleistung nicht ausführbar ist, wie im vorliegenden Fall, wo das Hauswesen aufgelöst ist und der Mann die Herstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft verweigert. Unter solchen Umständen hat sich die Unterhaltsgewährung durch Geldleistung zu vollziehen. Der Einwand des Bekln., daß, weil § 1361 BGB. nicht zutreffe, der Anspruch der Klin. nicht begründet sei, widerlegt sich durch die Erwägung, daß bei jener Ansicht die Klin. trotz bestehender Ehe überhaupt keinen Unterhaltsanspruch hätte, was mit der Bestimmung des § 1360 Abs. 1 BGB. unvereinbar ist, und durch die Schlußfolgerung, daß, wenn selbst derjenige Ehemann, der die Herstellung des ehelichen Lebens verweigern darf, der zufolge seiner Weigerung getrennt lebenden Ehefrau Unterhalt zu gewähren hat und zwar auf die unter solchen Umständen allein noch mögliche Weise durch Entrichtung einer Geldrente, dies umsomehr auch für den Fall gelten muß, wo der Ehemann die Herstellung des ehelichen Lebens widerrechtlich verweigert, wie es seitens des Bekln. geschieht.

Urt. des III. CS. vom 20. Febr. 1906 i. S. Meyer g. Meyer.

34.

1. Anfechtung einer amtlichen Nachlaß-Auseinandersetzung.
2. Zum Begriff der Klagänderung.

Die Kl. sind die gesetzlichen Erben des verstorbenen K. H. S., die Bekln. die gesetzlichen Erben der Ehefrau des K. H. S., die Auseinandersetzung des Nachlasses der kurz hinter einander verstorbenen Eheleute S., die in landrechtlicher Errungenschaftsgemeinschaft gelebt haben, ist amtlich vermittelt worden und deren Bestätigung erfolgt, sie wurde auch vollzogen. Mit der Klage haben die Kl. die Bezahlung von gegen 3000 Mk. von den Bekln. verlangt auf Grund der Behauptung: in dem der Auseinandersetzung zu Grund liegenden Vermögensverzeichnis seien irrigerweise Forderungen im Betrag von über 7000 Mk., die zum Sondergut des verstorbenen Ehemanns gehört oder Ersatzansprüche des Ehemanns gegen die Errungenschaft gebildet haben, als Errungenschaft behandelt oder nicht aufgeführt worden, was zur Folge gehabt habe, daß der Nachlaß des Ehemanns zum Nachteil der Kl. zu niedrig berechnet worden sei.

In den

Gründen

des Berufungsurteils, das der Klage im wesentlichen entsprochen hat, ist ausgeführt:

Mit Recht kommen die Kl. auf die Anfechtung der Auseinandersetzung des Nachlasses der S.schen Eheleute wegen Irrtums i. S. des § 119 BGB. nicht zurück. Denn ein solcher Irrtum lag auf ihrer Seite augenscheinlich nicht vor: sie waren nicht im Irrtum über den Inhalt ihrer Willenserklärungen, sie waren sich vielmehr vollkommen bewußt, daß sie durch ihre Erklärungen das in Frage stehende Vermögensverzeichnis und die auf dessen Grund gefertigte Vermögensauseinandersetzung und Nachlaßteilung als richtig anerkannten; sie wollten auch eine Erklärung dieses Inhalts

— und keine andere Erklärung — abgeben. Der Absatz 2 des § 119 kommt überhaupt nicht in Betracht.

Die Parteien haben, wie außer Zweifel ist, die fraglichen — von beiden Seiten abgegebenen — Anerkenntnisse in der Meinung abgegeben, das Vermögensverzeichnis und die Ausscheidung der Sondergüter der beiden Eheleute und der Errungenschaft sei richtig und vollständig; die Anerkenntnisse sind nicht etwa in dem Sinn erfolgt, daß das Anerkannte Geltung haben solle, auch wenn es der wirklichen, den Parteien zurzeit nicht bekannten Sach- und Rechtslage nicht entsprechen sollte. Die Meinung, das Vermögensverzeichnis und die Auseinandersetzung seien richtig und vollständig, war der Beweggrund, der die Parteien zur Abgabe der Anerkenntnisse veranlaßte. Stellte sich nachträglich heraus, daß diese Annahme irrig war, daß — wie dies die Kl. behaupten — das Sondergut des einen Ehegatten aus Versehen zu nieder und infolge dessen die Errungenschaft zu hoch berechnet war, so ergab sich daraus ohne weiteres, daß die Erben des einen Ehegatten auf Kosten der Erben des andern Gatten ohne rechtlichen Grund bereichert waren und es können die letzteren gemäß §§ 812 ff. BGB. die Ausgleichung dieser ungerechtfertigten Bereicherung fordern. Die Sachlage ist keine andere, als wenn der Saldo einer Abrechnung von beiden Beteiligten auf Grund der Annahme, er sei richtig und vollständig (und nicht etwa im Bewußtsein, er könne auch unrichtig oder unvollständig sein), anerkannt worden ist und sich nachher herausstellt, daß ein Posten von z. B. 5000 Mk. zugunsten der einen und zu Lasten der andern Partei übersehen worden ist; auch hier kann von einer Anfechtung gemäß § 119 BGB. aus den eingangs angeführten Gründen keine Rede sein, wohl aber von einem Bereicherungsanspruch (einer Kondiktion) gemäß §§ 812 ff. BGB. [1]).

---

[1]) Vgl. (für das frühere Recht) WürttA. 12 S. 426 (Nr. 31); 15 S. 166 (Nr. 15 a. E.); 16 S. 4—6, Levy-Riesser: Kontokorrentvertrag § 41; Greber: Kontokorrentverhältnis XIX S. 109 ff. (für das

Die jetzige Klagbegründung ist daher ihrem Grund nach richtig; daß, wenn und soweit die Behauptungen der Kl. in betreff des Sonderguts des K. H S. zutreffend sind, die Feststellungen des Vermögensverzeichnisses und der Auseinandersetzung auf einem Irrtum aller Beteiligten beruht haben, läßt sich nicht bezweifeln und ist auch von den Bekln. nicht bestritten.

Eine unzulässige Klagänderung liegt nicht vor. Die jetzt erhobene Leistungsklage entspricht inhaltlich der früher lt. oben angestellten Feststellungsklage; im Uebergang von der Feststellungs- zur Leistungsklage ist anerkanntermaßen eine unzulässige Klagänderung nicht zu finden. Grundlage des Klaganspruchs ist sodann sowohl jetzt als bei dem im landgerichtlichen Verfahren gestellten Klagbegehren die Behauptung, die Auseinandersetzung des Nachlasses der S.schen Eheleute sei unrichtig in betreff Berechnung des Sonderguts des Ehemanns und darin, daß die Forderung bei W. R. nicht berücksichtigt worden sei; daß im landgerichtlichen Verfahren daraus eine auf Irrtum i. S. des § 119 BGB. gestützte Anfechtung der Auseinandersetzung wegen Irrtums und Betrugs abgeleitet wurde, zu dem Zweck, um auf diesem Weg das Ergebnis zu erreichen, dessen unmittelbare Herbeiführung mittels entsprechender Zahlungen der Bekln. an die Kl. der jetzige Klagantrag bezweckt, vermag nicht die Auffassung zu rechtfertigen, der Klagegrund sei in unzulässiger Weise geändert. Auch das ist nicht entscheidend, daß vielleicht, wenn das erstrichterliche Urteil die Rechtskraft erlangt hätte, der jetzigen Leistungsklage die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache nicht entgegengestanden wäre; denn die Frage der Klagänderung läßt sich nicht unbedingt danach beantworten, ob der neuen Begründung im Fall der rechtskräftigen Erledigung der ursprünglichen Be-

Recht des BGB.); Regelsberger in Iherings J. 46 S. 29; Staub, Komm. zum HGB. 6. u. 7. Aufl. Anm. 29 zu § 355.

gründung die Einrede der Rechtskraft entgegenstünde[1]).

Urt. des III. CS. v. 27. Febr. 1906 i. S. Schweinle g. Hölderle.

35.

Anwendung des § 17 KO. im Fall eines unter Eigentumsvorbehalt geschlossenen Kaufs.

Der Kl. Ko. hatte nach seiner Behauptung an den Bekl. Ki. für 6000 Mk. Schuhwaren verkauft und sich bis zu deren vollständiger Bezahlung das Eigentum daran vorbehalten. Nach Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß des Ki. machte Kl. eine Kaufpreisforderung von 4689 Mk. geltend und beanspruchte abgesonderte Befriedigung auf Grund einer ihm von Ki. auf seinem Haus eingeräumten Kredithypothek über 3000 Mk. Der Konkursverwalter erklärte, er lehne gemäß § 17 KO. die Erfüllung des angeblichen Kaufs ab, und stellte die noch vorhandene Ware dem Kl. zur Verfügung.

Aus den

Gründen

des die Klage abweisenden Urteils:

Auch wenn mit dem Kl. angenommen wird, daß es sich um einen Kaufvertrag handelte, und wenn weiter unterstellt wird, daß der Kl. an sich den Kaufpreis in der bezeichneten Höhe zu fordern berechtigt gewesen wäre, so ist doch ein solcher Anspruch auf Bezahlung des Kaufpreises nicht mehr begründet. In Abs. 2 des Vertrags hat der Kl. sich das Eigentum an den gelieferten Waren bis zur völligen Bezahlung des Kaufpreises vorbehalten. Nach § 455 BGB. und in Ermangelung aller Anhaltspunkte dafür, daß Eigentumsübertragung unter der auflösenden Bedingung der Nichtzahlung des Kaufpreises beabsichtigt gewesen wäre, ist daher

[1]) Gaupp-Stein (4. Aufl.) Anm. 1 A zu § 268 CPO. bei und in Note 6 u. 7.

anzunehmen, daß das Eigentum an den Käufer nur unter der aufschiebenden Bedingung der Zahlung des Kaufpreises übertragen werden sollte. Diese Bedingung war hinsichtlich der noch vorhandenen Waren im Zeitpunkt der Konkurseröffnung nicht eingetreten. Nach § 158 Abs. 1 BGB. war daher ein Eigentumsübergang hinsichtlich der Waren vom Kl. auf Ki. noch nicht erfolgt. Nach § 433 BGB. aber hat der Verkäufer dem Käufer die Kaufsache nicht bloß zu übergeben, sondern auch zu Eigentum zu übertragen. Demnach hatte der Kl. zur Zeit der Konkurseröffnung auch seinerseits den Vertrag nicht vollständig erfüllt. Damit waren die Voraussetzungen des § 17 Abs. 1 KO. gegeben[1]).

Von dem ihm nach dieser Bestimmung zustehenden Recht, die Vertragserfüllung seinerseits abzulehnen, hat aber der Konkursverwalter in seinem an den Kl. gerichteten Schreiben vom 1. Februar 1905 Gebrauch gemacht. Die alsbald eingetretene konkursrechtliche Wirkung dieser Erklärung war, daß nunmehr der Kl., der übrigens auch nachher noch ausdrücklich an seinem Eigentumsvorbehalt festhielt, nicht mehr Vertragserfüllung, d. h. die Bezahlung des Kaufpreises zu fordern berechtigt war, sondern höchstens einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung gemäß § 26 KO. geltend machen konnte.

Urt. des II. CS. vom 1. Febr. 1906 i. S. Koschland g. Kiebersche Konkursmasse.

Die Revision gegen dieses Urteil ist zurückgewiesen worden.

---

[1]) Jäger, KO. § 17 Anm. 11; Sarwey-Bossert, KO. § 17 Anm. 2a.

B. in Strafsachen.

7.

Zum Begriff eines zahnärztlichen Titels.

Aus den Gründen:

Nach den tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils hat der Angekl. eine Approbation als Arzt oder Zahnarzt nirgends erlangt; er hat die Zahntechnik erlernt, sich zuerst als Zahntechniker in A. niedergelassen, später in St., wo er die Praxis als Zahntechniker seither ausübt. An dem Hause, in dem sein Atelier sich dort befindet, hat er etwa in Mannshöhe über dem Straßentrottoir, jedermann deutlich sichtbar, einen Firmenschild angebracht mit der Aufschrift: „A. W., Dentist Special. Für Zahn- und Mundkrankheiten, künstliche Zähne, Plombieren" und ferner auf der andern Seite des Hauses nahezu in Höhe des ersten Stockwerks eine kleine Firmentafel, auf der steht: „Zahnatelier A. W., Dentist."

Die letztere Tafel ist so angebracht, daß das Publikum nicht in der Lage ist, gleichzeitig ihren Inhalt und den des erstbezeichneten Schildes zu lesen, vielmehr muß der Inhalt des erstgenannten Schildes, für sich allein dem größten Teil des vorübergehenden Publikums ins Auge fallen. Weiter hat der Angekl. zur Versendung von Schriftstücken Geschäftskouverte benützt, die auf der Vorderseite den Aufdruck tragen:

„A. W., Dentist, Spez. für Zahn- und Mundkrankheiten, C . . . str. 62 I St."

Auf Grund dieses Sachverhalts und indem es ferner als erwiesen ansieht, daß mit der Bezeichnung „Special" und „Spez." das Wort Spezialist zum Ausdruck gebracht worden sei, gelangt das Urteil zu der Feststellung, der Angekl. habe ohne hiezu approbiert zu sein, sich einen dem Titel Arzt und Zahnarzt ähnlichen Titel beigelegt, durch welchen der Glaube erweckt werde, der Inhaber sei eine geprüfte Medizinalperson, und hat hienach den Angekl. eines Vergehens i. S. § 147 Z. 3 GO. für schuldig erachtet.

Nach § 29 GO. bedarf einer, auf Grund eines Befähigungsnachweises zu erteilenden Approbation, wer sich als Arzt (Wundarzt, Augenarzt, Geburtshelfer, Zahnarzt, Tierarzt) oder mit gleichbedeutendem Titel bezeichnet und in § 147 Z. 3 GO. wird mit Strafe bedroht, wer, ohne hiezu approbiert zu sein, sich als Arzt, Wundarzt u. s. w. (wie vorhin) bezeichnet oder sich einen ähnlichen Titel beilegt, durch welchen der Glaube erweckt wird, der Inhaber sei eine geprüfte Medizinalperson.

Das Urteil nimmt nun an, daß die Bezeichnung „Spezialist für Zahn- und Mundkrankheiten" der Beilegung des Titel eines Arztes, nämlich eines Zahnarztes und Arztes für Mundkrankheiten, also einer solchen Person, die vom Staat die Approbation als Arzt bezw. Zahnarzt erhalten habe, gleichkomme. Es beruft sich für diese Annahme darauf, daß das Gesetz selbst neben der allgemeinen Bezeichnung Arzt als gleichbedeutend verschiedene andere auf die Ausübung einzelner Heilzweige beschränkte Bezeichnungen, z. B. Zahnarzt, aufführe. Das Urteil sagt weiter, daß ganz allgemein unter einem Spezialisten in der Heilkunde oder für eine bestimmte Krankheit eine solche, im Gesetz gemeinte, an zuständiger Stelle geprüfte, Medizinalperson d. h. ein solcher Arzt verstanden sei, welcher sich die ärztliche Behandlung bestimmter, spezieller, Leiden oder Krankheiten zum Beruf gewählt habe; deshalb sei außer Zweifel, daß die vom Angekl. gebrauchte

Bezeichnung eine Bedeutung habe, welche dem Begriff des Arztes, insbesondere des Zahnarztes, als einer an zuständiger Stelle geprüften Medizinalperson, gleichstehe oder mindestens sehr nahe komme.

Die Frage, ob ein arztähnlicher Titel gebraucht worden, ist rechtlicher Natur, sofern es sich dabei um die Auslegung des dem Gesetz zu entnehmenden Begriffs Arzt sowie des zum Tatbestandsmerkmal gemachten Begriffs der Aehnlichkeit handelt; sie untersteht daher der Nachprüfung des Revisionsrichters. Diese Nachprüfung ergibt jedoch weder nach der einen noch nach der andern Richtung ein Bedenken. Aus dem Urteil ist ersichtlich, daß es unter Arzt eine Medizinalperson versteht, die vom Staat die Approbation als Arzt erhalten hat auf Grund einer von zuständiger Stelle vorgenommenen Prüfung. Damit befindet sich das Urteil in Uebereinstimmung mit der Auffassung des Gesetzes. Wenn so, dann aus der, auf tatsächlichem Gebiete liegenden Erwägung, daß ganz allgemein unter einem Spezialisten für eine bestimmte Krankheit ein solcher Arzt verstanden werde, der sich die ärztliche Behandlung bestimmter, spezieller, Leiden zum Beruf erwählt habe, der Schluß gezogen wird, daß die vom Angekl. gebrauchte Bezeichnung „Spezialist für Zahn- und Mundkrankheiten" dem Begriff des Arztes gleich — oder jedenfalls sehr nahe komme, so ist darin eine Verkennung oder falsche Auffassung des Begriffs der Aehnlichkeit der gebrauchten Bezeichnung mit dem Begriffe Arzt, d. h. ihrer dem letzteren Begriff nahe kommenden sachlichen Bedeutung nirgends ersichtlich.

Ob durch die gewählte Bezeichnung der Glaube erweckt wird, ihr Inhaber sei eine geprüfte Medizinalperson, ist Tatfrage. Das Urteil ist zu dem Ergebnis gelangt, daß trotz der Beifügung des Wortes „Dentist" und trotz der Aufschrift „Zahnatelier" auf dem kleinen Firmenschild das Publikum, jedenfalls der weniger gebildete Teil desselben, zu dem irrigen Glauben verleitet werden könne und verleitet werde, als sei der Angekl. ein an zuständiger Stelle geprüfter Arzt,

der sich speziell der Zahnheilkunde und der Behandlung von Mundkrankheiten widme. Diese Schlußfolgerung ist gleich den zu Grunde liegenden Erwägungen tatsächlicher Natur und daher hier nicht nachzuprüfen; sie begründet in einwandfreier Weise den gesetzlichen Tatbestand; es ist insbesondere die Feststellung nicht erforderlich, daß irgend jemand wirklich getäuscht worden sei, das Gesetz verlangt nur, daß die gewählte Bezeichnung zur Herbeiführung jenes irrigen Glaubens sich eigne.

Schließlich hat das Urteil noch festgestellt, daß der Angeklagte bewußt gehandelt, bewußt die beanstandete Bezeichnung gebraucht habe, und es hat die Frage, ob sich der Angekl. der Aehnlichkeit der gebrauchten Bezeichnung mit dem Titel Arzt und der dadurch ermöglichten Täuschung bewußt gewesen sei, allerdings ohne nähere Begründung noch ausdrücklich bejaht. Eines näheren Eingehens auf diese, der Beweiswürdigung zugehörige, Frage konnte sich das Urteil umso eher entschlagen, als das Gesetz ein vorsätzliches und mit dem Bewußtsein der Rechtswidrigkeit vorgenommenes Handeln nicht ausdrücklich verlangt, vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Straff. Bd. 27 S. 335. Die Berufung des Angekl. endlich darauf, daß er nach vorangegangenen anderen gerichtlichen Urteilen, in denen die Bezeichnung Spezialist als kein arztähnlicher Titel erachtet worden sei, die gewählte Bezeichnung für nicht strafbar gehalten habe, hat das Urteil mit Grund als die Geltendmachung eines für die Schuldfrage belanglosen Irrtums angesehen.

Urt. v. 29. Januar 1906 in der Straffache gegen A. W. in St. wegen Vergehens gegen die GO.

8.

Was ist unter „teilweisem Erfolg des Rechtsmittels" im Sinn des § 505 StPO. zu verstehen?

Aus den Gründen:

Der Angeklagte ist vom Schöffengericht wegen eines

Vergehens der Körperverletzung, in einer Handlung zusammentreffend mit einem Vergehen des Widerstands, zu der Gefängnisstrafe von zwei Monaten und wegen einer Uebertretung des ruhestörenden Lärms zu der Geldstrafe von fünf Mark, ev. 1 Tag Haft und in die Kosten des Verfahrens verurteilt worden. Gegen dieses Urteil hat er zunächst ohne Beschränkung Berufung eingelegt; in der Hauptverhandlung vor dem Berufungsgericht wurde jedoch die Berufung auf das Strafmaß bei der Verurteilung wegen Körperverletzung und Widerstands beschränkt, und das Berufungsgericht hat in dieser Beziehung das schöffengerichtliche Urteil abgeändert, indem es für Recht erkannte: „der Angeklagte wird unter teilweiser Aufhebung des schöffengerichtlichen Urteils bezüglich des Strafmaßes wegen eines Vergehens der Körperverletzung und des Widerstands zu der Gefängnisstrafe von fünf Wochen, er bleibt wegen einer Uebertretung des ruhestörenden Lärms zu der Geldstrafe von fünf Mark (event. einem Tag Haft) verurteilt. Der Angeklagte hat die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen zu tragen."

Dieses Urteil hat der Angeklagte mit der Revision angefochten, soweit in ihm die gesamten Kosten der Berufungsinstanz dem Angeklagten auferlegt wurden und es rügt die Revision eine Verletzung des § 505 StPO., also, da die Vorschriften über die Verbindlichkeit zur Kostentragung materiell rechtlicher Natur sind, Verletzung des materiellen Rechts. Im angefochtenen Urteil wird die Entscheidung über die Kosten der Berufungsinstanz wie folgt begründet: Die Berufung habe nur teilweisen Erfolg gehabt, da der Angeklagte durch seinen Verteidiger eine Gefängnisstrafe von nur 1—2 Wochen habe beantragen lassen. Zur Uebernahme eines Teils der Kosten des Rechtsmittels auf die Staatskasse habe kein Anlaß bestanden, vielmehr seien dem Angeklagten gemäß § 505 StPO. die Kosten des Rechtsmittels ganz zugeschieden worden.

Die Revision behauptet nun, die Ansicht der Strafkammer, daß die Berufung nur teilweise Erfolg gehabt, weil

der Verteidiger eine Gefängnisstrafe von 1—2 Wochen beantragt habe, die Strafe aber von zwei Monaten nur auf fünf Wochen Gefängnis ermäßigt wurde, sei rechtsirrig. Wenn der Angeklagte nur wegen des Strafmaßes Berufung einlege, und das Berufungsgericht auf eine niedere Strafe als das Schöffengericht erkenne, so sei das ein voller und nicht ein teilweiser Erfolg des Rechtsmittels ohne Rücksicht auf den Antrag, welchen der Angeklagte bezüglich der Strafhöhe stelle. Habe aber solchermaßen das Rechtsmittel vollen Erfolg, so seien die Kosten der Berufungsinstanz auf die Staatskasse zu übernehmen, es sei nicht in das Ermessen des Gerichts gestellt, ob die Kosten der Staatskasse ganz oder teilweise auferlegt werden sollen.

Dem Rechtsmittel konnte der Erfolg nicht versagt werden.

Für die Frage, ob und inwieweit eine Berufung erfolgreich sei, ist entscheidend diejenige Ausdehnung des Rechtsmittels, in welcher es schließlich der Beurteilung des Berufungsgerichts unterstellt worden ist. Vorliegendenfalls kommt das Rechtsmittel lediglich in seiner Beschränkung auf das Strafmaß in Betracht. In diesem Umfang aber hat es vollen Erfolg gehabt. Zwar hat nach dem angefochtenen Urteil der Verteidiger des Angeklagten eine Gefängnisstrafe von nur 1—2 Wochen beantragt, während das Berufungsgericht auf 5 Wochen Gefängnis erkannte; allein diesem Umstand kann eine entscheidende Bedeutung nicht zukommen, schon deshalb nicht, weil ein spezieller Antrag hinsichtlich des Strafmaßes überhaupt nicht erforderlich ist. Wird er gestellt, so hat er keinerlei bindende Kraft für das Gericht weder nach oben noch nach unten. Andererseits kann vom Beschwerdeführer nicht verlangt werden, daß er bei dem weiten Spielraum, den die meisten Strafgesetze für die Strafbemessung bieten, gerade dasjenige Strafmaß bezeichne, welches dem Gericht als das angemessene erscheint. In Wirklichkeit ist ein solcher Antrag nichts anderes als eine, nach jeder Richtung unverbindliche Ansichtsäußerung des auf ihn anzuwendenden Strafmaßes. Entscheidend ist vielmehr lediglich

die allgemeine, die Kognition des Berufungsgerichts begrenzende Richtung des Rechtsmittels, die dahin geht, eine Herabminderung der Strafe herbeizuführen. In diesem allein wesentlichen und entscheidenden Punkt aber ist der Beschwerdeführer mit der Berufung durchgedrungen. Der Erfolg des Rechtsmittels ist hienach ein voller, und wenn das Berufungsgericht deshalb, weil es nicht auf das vom Beschwerdeführer vorgeschlagene Strafmaß herabgegangen ist, nur einen teilweisen Erfolg des Rechtsmittels angenommen hat, so liegt hier eine rechtsirrige Auslegung und Anwendung des in StPO. § 505 Abs. 1 Satz 3 aufgenommenen Begriffs „teilweiser Erfolg" zugrunde. Ist aber der Erfolg des Rechtsmittels ein voller, so muß dies die Uebernahme der Kosten auf die Staatskasse zur Folge haben, denn jede Zuscheidung von Kosten an den Beschwerdeführer hat ein wenigstens teilweises Unterliegen desselben mit seinem Rechtsmittel zur Voraussetzung.

Nach all dem war die Entscheidung des angefochtenen Urteils, soweit sie die Kosten der Berufungsinstanz betrifft, aufzuheben, und vom Revisionsgericht selbst — vgl. § 394 StPO. — dahin zu entscheiden, daß die Kosten der Berufungsinstanz auf die Staatskasse zu übernehmen seien. Hievon auszunehmen sind jedoch diejenigen besonderen Kosten, welche durch die anfängliche weitere Ausdehnung des nachher teilweise zurückgenommenen Rechtsmittels etwa entstanden sind; diese Kosten hat nach § 505 Abs. 1 Satz 1 StPO. der Beschwerdeführer zu tragen.

Urt. vom 10. Oktober 1906 in der Strafsache gegen K. B. in Th. wegen Körperverletzung u. a.

9.

Inwiefern begründet der Verbrauch eines fremden Wechsels eine Unterschlagung und Untreue?

Nach der Feststellung im angefochtenen Urteil hat der Angeklagte im Februar 1905 von der Kommissionärin R.

einen von dem Holzhändler S. auf die Frau A. gezogenen, von dieser angenommenen, am 20. April 1905 fälligen Wechsel über 100 Mk. erhalten mit dem Auftrag den Wechsel für die A. umzusetzen und es hat die R. hiebei als Bevollmächtigte der A., welcher das Eigentum an dem Wechsel zustand, gehandelt; der Angeklagte hat hernach den Wechsel an den Agenten B. verkauft, wobei er von B. zunächst 20 Mk. und wenige Tage nachher nochmals 20 Mk., zus. also 40 Mk. als à conto-Zahlung auf den Wechsel erhielt, welche Beträge der Angeklagte für sich verwendet hat. Der Angeklagte habe — so führt das Urteil aus — über den ihm anvertrauten Wechsel in deutlich erkennbarer Weise gleich dem berechtigten Eigentümer verfügt, als er den Wechsel an B. verkauft und das dafür erlangte Bargeld für sich verwendete, es rechtfertige sich deshalb die Feststellung, daß der Angeklagte eine fremde bewegliche Sache, welche er als anvertraut in seinem Besitz hatte, sich rechtswidrig zugeeignet habe, StGB. § 246 II Fall, zugleich habe er in rechtlich einer Handlung hiemit, um sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen, als Bevollmächtigter der A. über ein Vermögensstück seiner Auftraggeberin absichtlich zu deren Nachteil verfügt, StGB. § 266 Z. 2 Abs. 2.

Diese Begründung läßt nicht erkennen, ob nicht die Strafkammer schon in der bloßen Tatsache des Verkaufs des Wechsels an B. eine Unterschlagung erblickt hat. Hierin läge aber eine rechtsirrige Auffassung und Anwendung des Begriffs der rechtswidrigen Zueignung. Durch die bloße Tatsache des Verkaufs hat der Angeklagte sich den Wechsel nicht rechtswidrig zugeeignet, da er den Wechsel gerade zum Umsatz, — allerdings nicht in eigenem Interesse, sondern für die Eigentümerin des Wechsels — von der R. erhalten hatte. Auch in dem Behalten und Verwenden des Geldes zu eigenem Nutzen seitens des Angeklagten konnte nicht ohne weiteres eine Unterschlagung gefunden werden; denn wenn der Angeklagte, wie der Unterrichter offenbar annimmt, den Wechsel in eigenem Namen veräußerte und den

Erlös, welchen B. wohl dem Angeklagten selbst zu Eigentum übergeben wollte und übergab, in Besitz nahm, so wurde er Eigentümer des Geldes, so daß dasselbe für ihn keine fremde Sache war, welche er hätte unterschlagen können. Dagegen wäre allerdings eine Unterschlagung anzunehmen, wenn der Angeklagte, der nach der Feststellung des Berufungsurteils nur den Auftrag erhalten hatte, den Wechsel für die Eigentümerin und in Vertretung derselben zu verkaufen, den in seinem Gewahrsam befindlichen Wechsel mit der Absicht den Erlös für sich zu behalten, auftragswidrig in eigenem Namen verkaufte und das Geld für sich einzog und an die Eigentümerin des Wechsels nicht ablieferte. In diesem Fall hätte der Angeklagte den für ihn fremden Wechsel zum Nachteil der Eigentümerin durch solchen Verkauf sich rechtswidrig zugeeignet, also unterschlagen. In dieser Richtung fehlt es jedoch bis jetzt an einer zureichenden tatsächlichen Feststellung.

Auch die Begründung der Verurteilung wegen einer zum Nachteil der A. verübten Untreue ist nicht bedenkenfrei. Das Urteil hat sich nicht darüber ausgesprochen, aus welchen Gründen es die A. — die Akzeptantin des Wechsels — für die Eigentümerin desselben angesehen hat, ebenso fehlt es an einer Feststellung, welche Vereinbarungen zwischen der A. und der R. bezüglich des Wechsels getroffen worden waren. Es ist deshalb nicht jeder Zweifel ausgeschlossen, ob nicht die Strafkammer in rechtsirrtümlicher Weise angenommen hat, der Angeklagte sei Bevollmächtigter der A. gewesen und habe über ein Vermögensstück der A. zum Nachteil derselben verfügt.

Urt. des Strafsenats v. 25. Oktober 1905 gegen F. B. in St. wegen Unterschlagung und Untreue.

10.

Verwendung des nach § 219 StPO. hinterlegten Zeugengebührenvorschusses.

Der Angeklagte hatte vor der Hauptverhandlung zwei

Zeugen unmittelbar geladen, und um deren Erscheinen zu sichern, 12 Mk. als Betrag für Reisekosten und Zeitversäumnis der Zeugen bei Gericht hinterlegt. Die Zeugen erschienen und wurden vernommen, der Angeklagte freigesprochen unter Uebernahme der Kosten auf die Staatskasse. Der Antrag des Angeklagten, die von ihm gemäß § 219 Abs. 3 StPO. bei Gericht hinterlegten 12 Mk. ihm zurückzugeben, wurde von der Strafkammer abgelehnt, aber auf erhobene Beschwerde diese Zurückgabe angeordnet in Erwägung:

Daß gleichzeitig mit dem am Schlusse der Hauptverhandlung verkündeten, die Kosten des Verfahrens auf die Staatskasse übernehmenden Urteil der Strafkammer auch der Gerichtsbeschluß verkündet wurde, den von der Verteidigung unmittelbar geladenen Zeugen S. und B. die gesetzliche Entschädigung gemäß § 219 Abs. 3 StPO. aus der Staatskasse zu gewähren,

daß hienach die nach Schluß der Verhandlung an die genannten beiden Zeugen zu entrichtenden Zeugengebühren überhaupt nicht mehr aus dem vom Angeklagten hinterlegten Betrag zu entnehmen waren, daß ferner bei dem vorläufigen Charakter der Hinterlegung nach § 219 StPO., welche lediglich erfolgt vorbehältlich der späteren Bezahlung der Zeugengebühren aus der Staatskasse in Gemäßheit des § 219 Abs. 3 StPO., ebenso wie die Hinterlegung selbst auch die in gleich vorläufigem Sinne zunächst aus dem hinterlegten Betrag erfolgte Ausbezahlung einer Entschädigung an den Zeugen S. als eine Auslage i. S. § 499 Abs. 2 StPO. nicht erachtet werden muß.

Beschluß vom 17. April 1905 in der Strafsache gegen F. K. von Z. wegen Gläubigerbegünstigung.

11.

Inwiefern kann eine im Sitzungssaal, während das Gericht zur Urteilsberatung sich zurückgezogen hat, gemachte Kundgebung als eine „in der Sitzung verübte“ Ungebühr angesehen werden?

In der in öffentlicher Sitzung des Schöffengerichts St. verhandelten Strafsache gegen C. B. von da wegen Widerstands gegen die Staatsgewalt wurde die Beschwerdeführerin sowie ihr Ehemann und eine Reihe weiterer Personen als Zeugen vernommen. Während das Schöffengericht zur Beratung des Urteils sich zurückgezogen hatte, hat nach der Bekundung von drei Zeugen die Beschwerdeführerin im Sitzungssaal in der Erregung über eine vom Staatsanwalt in der Anklagebegründung über den Ruf ihres Wirtschaftslokals gemachte abfällige Bemerkung mit Beziehung auf den Genannten und den Blick auf ihn gerichtet geäußert „wart! Alterle, dir wollen wir“. Nach dem Wiedereintritt des Schöffengerichts hat der Staatsanwalt sofort das Wort erbeten und nach Mitteilung des Geschehenen die Verhängung einer Ordnungsstrafe beantragt, worauf das Gericht die drei Zeugen sowie die Beschwerdeführerin und deren Ehemann über den Vorfall vernahm und nach erfolgter Beratung den Gerichtsbeschluß verkündete, daß gegen die Zeugin K. A. wegen Ungebühr eine sofort zu vollstreckende Haftstrafe von einem Tag festgesetzt werde, die Anordnung der sofortigen Vollstreckung jedoch auf Bitte der K. A. und ihres Ehemanns wieder aufhob.

Gegen diese in Gemäßheit des § 184 GVfGes. nach Veranlassung und Inhalt im Hauptverhandlungsprotokoll beurkundete Verhängung einer Ordnungsstrafe hat die Zeugin K. A. die nach § 183 das. zulässige Beschwerde erhoben und zu deren Begründung geltend gemacht 1) unter Berufung auf Zeugen, daß sie die kritische Aeußerung nicht getan habe, 2) daß letztere eventuell so leise gefallen sei, daß selbst die

Nächststehenden sie nicht wahrgenommen haben, 3) daß nach Ziff. 2 der Tatbestand einer Ungebühr nicht zutreffen würde und das umsoweniger, weil die Aeußerung nicht während der Sitzung vor dem Gericht gefallen sei, 4) daß die Aeußerung an sich nur eine Beleidigung des Staatsanwalts darstellen würde, welche im Hinblick auf die vorausgegangene, für die K. A. kränkende Bemerkung desselben unter dem Gesichtspunkt der sofortigen Erwiderung gemäß § 199 StGB. straffrei zu lassen wäre.

Unzweifelhaft ist eine Aeußerung der angegebenen Art, welche in der Gerichtssitzung gegenüber dem in dieser amtlich tätigen Staatsanwalt oder mit Beziehung auf ihn erfolgt, als eine Ungebühr d. h. als eine gröbliche Verletzung der der Behörde schuldigen Achtung anzusehen. Daß die Aeußerung der als Zeugin vernommenen und im Sitzungssaal anwesenden Beschwerdeführerin und zwar mit Beziehung auf den Staatsanwaltsvertreter geschah, ist durch das Zeugnis der Polizeibeamten B., L. und M. zureichend dargetan. Hiebei steht der Bestrafung gemäß § 179 GVfGes. nicht entgegen, daß die Aeußerung zugleich eine strafbare Beleidigung enthält und für diese unter dem Gesichtspunkt der sofortigen Erwiderung die Anwendung des § 199 StGB. in Frage kommen könnte. Auch die Tatsache, daß die Aeußerung in der Zeit erfolgte, in welcher das Schöffengericht zum Zweck der Urteilsberatung sich aus dem Sitzungssaal zurückgezogen hatte, ist nach den gegebenen Umständen an sich nicht geeignet, den Tatbestand einer *in der Sitzung* verübten Ungebühr aufzuheben. Denn das Sitzungsprotokoll läßt erkennen, daß die Hauptverhandlung als solche nicht etwa auf längere oder kürzere Zeit unterbrochen wurde, sowie daß nicht eine Pause etwa zur Erledigung anderer Geschäfte oder zur Erholung eintrat, sondern daß vielmehr das Schöffengericht lediglich zur Urteilsberatung sich zurückgezogen hatte und seine Abwesenheit aus dem Sitzungssaal auch nur während der hiefür erforderlichen Zeit stattfand. Diese Beratungsdauer erscheint als ein Bestandteil der Sitzung, die letztere hat in

solchem Zeitraum, in welchem der Angeklagte und die vernommenen Zeugen, meist auch Staatsanwalt und Gerichtsschreiber im Sitzungssaal zu verbleiben pflegen, als fortdauernd zu gelten und eine in dieser Zeit im Sitzungssaal verübte Ungebühr kann, zumal bei einem erkennbaren Zusammenhang mit einem unmittelbar vorausgegangenen, in der Verhandlung erfolgten Vorgang, unbedenklich als in der Sitzung geschehen im Sinn des § 179 GVfGes. aufgefaßt werden.

Hiezu ist allerdings, wie auch sonst erforderlich, daß die betreffende Kundgebung zu Gesicht oder Gehör von im Sitzungssaal anwesenden sei es bei der Gerichtsverhandlung beteiligten sei es nur als Zuhörer anwesenden Personen geschah und daß die Kundgebung, soweit sie als ungebührliche sich darstellt, in dieser Bedeutung verständlich war und verstanden wurde, daß eben hierdurch die Eigenschaft einer die Ordnung der Gerichtsverhandlung erheblich störenden oder einer die Würde des Gerichts gröblich verletzenden Kundgebung öffentlich in die Erscheinung trat. Diese Voraussetzung ist hier nach den vom Beschwerdegericht gemachten Erhebungen als gegeben zu erachten: Die kritische Aeußerung ist von drei Zeugen gehört und ihre Bedeutung als Ausdruck der Verhöhnung und grober Mißachtung gegenüber dem anwesenden Staatsanwalt verstanden, diesem auch sofort durch eine für das gesamte Publikum vernehmbare Mitteilung eines Zeugen gemeldet; von den drei Zeugen saß keiner neben der Beschwerdeführerin, als diese die Aeußerung tat, sondern sie waren durch dritte Personen bezw. eine Bank von ihr getrennt und die ihr Nächstsitzenden konnten selbstredend die Aeußerung ebensogut hören, auch war die Beschwerdeführerin sich nach der Sachlage wohl bewußt, daß jedenfalls die Nächstsitzenden die Aeußerung und deren Richtung gegen den Staatsanwalt verstehen werden. Bei dieser Sachlage kann der Tatsache, daß die Aeußerung nur halblaut erfolgte und für die im zurückliegenden Zuhörerraum befindlichen Personen nicht vernehmlich war, auch daß sie von anderen in der Nähe der

Beschwerdeführerin sitzenden Zeugen nicht gehört wurde, kein entscheidendes Gewicht beigelegt werden.

Nach dem Ausgeführten liegt der Tatbestand einer in der Sitzung seitens eines Zeugen begangenen Ungebühr im Sinn des § 179 des GVfG. vor und es erscheint auch bei voller Würdigung der begreiflichen Erregung der Beschwerdeführerin über die vorausgegangene abfällige Beurteilung ihres Wirtschaftsbetriebs durch den Vertreter der Staatsanwaltschaft sowie bei Beachtung der Tatsache, daß nur wenige Personen die Kundgebung gegen letzteren wahrnahmen, die erkannte Ordnungsstrafe als der Verschuldung entsprechend.

Beschl. vom 2. Mai 1906 in der Beschwerdesache der K. A. in St. wider eine angesetzte Ordnungsstrafe.

12.

Was ist unter Ankauf von Waren zum Wiederverkauf im Sinn des Wandergewerbesteuergesetzes Art. 2 zu verstehen?

Aus den Gründen:

Die Reichsgewerbeordnung hat in § 5 die Besteuerung der Wandergewerbe der Landesgesetzgebung überlassen und das Württembergische Gesetz vom 15. Dezember 1899 betreffend die Wandergewerbesteuer hat im engen Anschluß an die Reichsgewerbeordnung die Wandergewerbesteuerpflicht im allgemeinen von der reichsgesetzlich in § 55 RGewO. ausgesprochenen Verpflichtung zur Lösung eines Wandergewerbescheines abhängig gemacht, sein Art. 2 stimmt in der Bezeichnung der wandergewerbesteuerpflichtigen Personen mit den bezüglichen Bestimmungen des § 55 Ziff. 1—4 RGewO. wörtlich überein. Hienach ist u. a. wandergewerbesteuerpflichtig, wer im Lande außerhalb des Gemeindebezirks seines Wohnorts oder der im Verordnungsweg dem Gemeindebezirk des Wohnorts gleichgestellten nächsten Umgebung desselben ohne Begründung einer gewerblichen Niederlassung und ohne vorgängige Bestellung in eigener Person . . .

Warenbestellungen aufsucht oder Waren bei anderen Personen als bei Kaufleuten oder an anderen Orten als in offenen Verkaufsstellen zum Wiederverkauf ankauft. Nach Art. 7 ist derjenige, welcher ein solches der Wandergewerbesteuer unterliegendes Gewerbe ausüben will, dasselbe vor Eröffnung des Betriebs behufs Entrichtung der Steuer der zuständigen Steuerbehörde anzumelden und einen Steuerschein zu lösen verpflichtet; eine Zuwiderhandlung gegen diese Vorschrift ist in den Art. 22 und 23 unter eine nach der Höhe der Steuerhinterziehung und dem subjektiven Verschulden abgestufte Strafe gestellt.

Nun üben die Angeklagten nach dem festgestellten Sachverhalt seit etwa 5 Jahren in Württemberg wie auch anderwärts ein Gewerbe in der Art aus, daß sie gebrauchte künstliche Zähne und Gebisse aufkaufen, hierauf das Publikum durch Zeitungsinserate mit dem Beisatz aufmerksam machen, daß sie zu bestimmten Zeiten in einem Hotelgastzimmer zu treffen seien. Beim Ankauf der Gebisse und Zähne ist es ihnen nur um die in denselben befindlichen Platinstifte zu tun, welche sie nach Loslösung der weiteren, aus Kautschuk- und Porzellanmasse bestehenden und als wertlos hernach weggeworfenen Teile der künstlichen Gebisse und Zähne herausnehmen und teils sofort auf der Reise, teils später von ihrem Wohnort Köln aus an bestimmte ständige Abnehmer weiter verkaufen; daß sie die aufgekauften Zähne und Gebisse nicht unverändert weiter verkaufen, ist als glaubhaft angenommen worden. Eine gewerbliche Niederlassung haben die Angeklagten in Württemberg nicht begründet, und vor oder nach Eröffnung ihres Gewerbebetriebs dort weder behufs Steuerentrichtung eine Anmeldung gemacht noch einen Steuerschein gelöst. Die Steuerverwaltungsbehörde hat in diesem Tatbestand eine Zuwiderhandlung gegen die vorerwähnte Vorschrift des Art. 2 des Wandergewerbesteuergesetzes als gegeben erachtet, das Berufungsgericht jedoch, übereinstimmend mit dem Schöffengericht, auf Freisprechung erkannt mit der Begrün-

dung, daß das gesetzliche Erfordernis des „Ankaufs der Ware zum Wiederverkauf" ermangle.

Die in dieser Richtung vom Vorrichter gegebenen, von der Revision bemängelten Ausführungen gehen dahin: Der Begriff des Wiederverkaufs erfordere den Weiterverkauf der gleichen, nicht anderer Sachen, die Angeklagten nun kaufen Zähne und Gebisse, also spezielle, für individuell bestimmte Personen angefertigte Sachen an, verkaufen jedoch nicht diese als solche, sondern Bestandteile derselben, die Platinstifte, als eine selbständige Metallmasse, welche durch das Herausnehmen aus der früheren, ihre Selbständigkeit aufhebenden Zusammensetzung eine neue, besondere, von der seitherigen verschiedene Zweckbestimmung, sowie eine Wesensveränderung erfahren, sofern sie nun von neuem wieder besondere Sachen werden, im Gewerbebetrieb der Angeklagten einer ihre seitherige Existenz und Zweckbestimmung verändernden, mit einer Umgestaltung ihres verkehrsbegrifflichen Wesens verbundenen Behandlung unterworfen werden. Weiter ist darauf hingewiesen, daß die betreffenden Verkäufer nicht lediglich die Platinstifte an die Angeklagten verkaufen wollen, sondern die Zähne und Gebisse, und daß ersteren gleichgültig, meist auch unbekannt ist, was die Angeklagten mit diesen machen. Bezüglich der Art, wie die Angeklagten die Platinstifte aus den Zähnen und Gebissen gewinnen, ist im Berufungsurteil gesagt: es geschehe mittels eines bestimmten, besonders zu erlernenden mechanischen Verfahrens, durch Erwärmung des Kautschuks über einer Spiritusflamme, worauf die Platinstifte aus dem Kautschuk herausgezogen und die Porzellanmasse, aus welcher die Zähne bestehen, mit einem Hammer zerschlagen werden.

Diese Ausführungen lassen, soweit sie rechtlicher und nicht tatsächlicher, insofern gemäß § 376 StPO. der Revision nicht zugänglicher Natur sind, eine rechtsirrige Auffassung der hier in Frage kommenden Gesetzesbestimmung nicht erkennen. Nach dieser ist beim Ankaufen von Waren ein Wandergewerbeschein nur erforderlich (§ 55 Z. 5 GO.) und hiemit solchenfalls die

Wandergewerbesteuerpflicht nur begründet (Art. 2 Z. 2 Wandergewerbesteuergesetz), wenn die Waren zum Wiederverkauf d. h. zu Zwecken des Handels und wenn sie zugleich nicht bei Kaufleuten oder nicht in offenen Verkaufsstellen angekauft werden. Die beiden letzteren Merkmale treffen vorliegend nach den tatsächlichen Feststellungen unzweifelhaft zu, bezüglich des ersterwähnten Tatbestandsmerkmals ist allerdings die für die Entscheidung des gegenwärtigen Falles grundlegende Frage nicht unbestritten, ob ein Ankauf von Waren zur Verarbeitung oder Aenderung der Sache nicht zugleich ein Ankauf zum Wiederverkauf sein kann und hienach unter die angeführte Gesetzesbestimmung fällt. Begrifflich ist an sich diese Möglichkeit nicht ausgeschlossen, doch ist in der Theorie die Auffassung überwiegend und in der Praxis allgemein anerkannt, daß jedenfalls der Ankauf von Rohstoffen für Fabrikanten und Handwerker durch diese oder ihr Hilfspersonal außerhalb ihrer gewerblichen Niederlassung zu Zwecken der Verarbeitung in ihrem Gewerbebetrieb und eines Wiederverkaufs erst im verarbeiteten Zustand nicht unter § 55 Z. 2 der Reichsgewerbeordnung, also auch nicht unter Art. 2 Z. 2 des Wandergewersteuergeſ. fällt. Diese Auffassung ist auch ausgesprochen in einem Erlaß des K. Württembergischen Ministeriums des Innern vom 15. Januar 1897 (Amtsblatt S. 7) an die Oberämter und Kreisregierungen; ihr hat sich abweichend von der früher gegenteiligen Rechtsſprechung in Bayern ein dortiger Ministerialerlaß vom 18. Februar 1898 angeschlossen und diese Auffassung hat — dort übereinstimmend mit einer konstanten Praxis — in Preußen in einem Ministerialerlaß vom 18. Mai 1898 ihre ausdrückliche Anerkennung gefunden, vgl. Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung § 55 N. 10, § 44 N. 6.

Sinngemäß und zugleich im Einklang mit der, obiger Auffassung für den Ankauf der Rohprodukte beigegebenen Begründung ist davon auszugehen, daß ein zum Zweck des Wiederverkaufs erfolgender Ankauf im Sinn des Gesetzes dann ebensowenig als vorliegend angenommen werden kann,

wenn die angekaufte Ware als solche im Gewerbebetrieb des Käufers zunächst einer Bearbeitung oder Umänderung derart unterworfen wird, daß zum Wiederverkauf eine ganz andere oder mindestens erheblich veränderte Ware gegenüber der früher angekauften Ware gelangt. Diese Voraussetzung trifft allerdings nicht zu, wenn die angekaufte Ware vor dem Wiederverkauf etwa nur aus einer größeren Zahl gleichartiger Waren ausgeschieden, aus dem ersichtlichen äußeren Zusammenhang mit solchen abgetrennt, oder wenn sie lediglich gereinigt, ausgebessert, durch eine Auffrischung ihres Aeußern und dergl. für den Verkauf zugerichtet würde, sofern solchenfalls die Ware zwar nicht im gleichen Zustand, wie sie angekauft wurde, zum Wiederverkauf kommt, aber doch als das, als was sie angekauft worden war, nach Art und verkehrsbegrifflichem Wesen als die gleiche und nicht als eine andere oder neue Ware. Dagegen liegt jene Voraussetzung vor, wenn durch die an der angekauften Ware vorgenommene Behandlung oder Verarbeitung diese in der seitherigen Existenz und Zweckbestimmung als solche aufgehoben, in ihrem Wesen wie in der äußeren Erscheinung völlig umgebildet wurde und dadurch nach den im wirtschaftlichen und Verkehrsleben herrschenden Begriffen als eine andere Ware sich darstellt.

Das Vorhandensein dieser Voraussetzung hat der Vorrichter in den erwähnten Ausführungen rechtlich einwandfrei bejaht: die angekauften künstlichen Gebisse und Zähne sind nach ihrer Natur, der gewerblichen Art, dem Verkehrs- und Handelszweck eine andere Ware als die weiterverkauften Platinstifte, die ersteren werden künstlich und gewaltsam zerbrochen und dadurch die Platinstifte erst aus ihnen gewonnen. Die letzteren sind allerdings unverändert und unverarbeitet, nur losgelöst von den umgebenden Kunstzähnen weiterverkauft worden; aber hierauf kann entgegen dem Revisionseinwand aus dem angeführten Grund und weiter deshalb ein entscheidendes Gewicht nicht gelegt werden, weil nach dem festgestellten Sachverhalt die Platinstifte als ein Bestandteil der

künstlichen Gebisse und Zähne äußerlich gar nicht sichtbar und weiten Kreisen des Publikums als solcher nicht bekannt sind, weil ferner künstliche Zähne und Gebisse auch ohne Anwendung von Platinstiften hergestellt werden und beim einzelnen Kunstgebiß, ehe es gewaltsam auseinandergebrochen und in seine Bestandteile aufgelöst wurde, das Vorhandensein von Platinstiften seitens der Angeklagten überhaupt nicht wahrgenommen werden konnte, so daß beim Ankauf der Ware durch letztere der in ihr als wertvoll gesuchte und zum Weiterverkauf bestimmte Teil nicht allein nicht sichtbar, sondern selbst bezüglich seiner Existenz ungewiß war und somit auch nicht als ein wesentlicher oder notwendiger Bestandteil der angekauften Ware in Betracht kommt.

Nach dem Ausgeführten kann die der Freisprechung der Angeklagten zugrunde liegende Annahme des Vorrichters, es könne nach der angegebenen Sachlage nicht festgestellt werden, daß die Angeklagten die von ihnen angekauften Waren an ihre Abnehmer verkaufen und daß der Ankauf dieser Waren zum Zweck des Wiederverkaufs erfolge, einem rechtlichen Bedenken nicht begegnen. Die Berufung der Revision auf die Kommentare von Schicker (Gewerbeordnung § 55 Bem. 8) und Landmann (Gewerbeordnung § 55 N. 10, § 44 N. 6) ist eine verfehlte, da diese an den zitierten Stellen, Schicker auch zu § 44 Bem. 5, ferner Schenkel Band I S. 419, der in dem oben erwähnten Ministerialerlaß vom 15. Januar 1897 vertretenen Auffassung nicht entgegentreten und zumal den Fall des Ankaufs von Vieh zum Schlachten und Fleischverkauf durch Metzger als nicht der Verpflichtung des § 55 Reichsgewerbeordnung unterstellt ansehen. Eben dieser Fall ist aber als ein dem vorliegenden ähnlicher zu betrachten: dort wird das Tier geschlachtet, das Fleisch ausgenommen und verkauft, hier wird das Kunstgebiß zerschlagen und teilweise aufgeweicht, der Platinstift dadurch herausgebracht und dann verkauft, in beiden Fällen bleibt die weiterverkaufte Ware, abgesehen von der Tötung oder Vernichtung des Ganzen in ihrem Wesen unverändert und unverarbeitet,

sie wird nur losgelöst von den sie umgebenden Teilen.

Nach dem Ausgeführten war die eingelegte Revision als unbegründet zu verwerfen.

Urteil des Feriensenats vom 25. Juli 1906 in der Strafsache gegen H. und Gen. wegen Wandergewerbesteuergefährdung.

13.

1. Wann ist die Erregung ruhestörenden Lärms eine ungebührliche?
2. Zum subjektiven Tatbestand einer Uebertretung im Sinn des § 360 Z. 11 StGB.

Nach dem festgestellten Sachverhalt ist der Angeklagte Vertreter einer Automobilfabrik und besitzt für Reparaturarbeiten eine Werkstätte, er ist ferner Geschäftsführer der Motoromnibus-Verbindung St.—S., für welche im Sommer 1906 ein einziger Motoromnibus zur Bedienung des fahrplanmäßigen Verkehrs vorhanden war. Dieser Omnibus kam am 1. August defekt und reparaturbedürftig von der letzten Abendfahrt zurück und der Angeklagte ließ zur Vermeidung einer Unterbrechung der fahrplanmäßigen Verbindung durch seine Arbeiter die erforderliche Reparatur die Nacht über ausführen und zwar in dem neben seiner Werkstätte hinter den Wohnhäusern L.str. 39 und Schl.str. 27 gelegenen offenen Hofraum. Die Reparaturarbeit dauerte von abends 1/29 bis Morgens 6 Uhr, sie machte ein die ganze Nacht hindurch dauerndes Feilen und Klopfen nötig und durch den hiebei verursachten andauernden und widerlichen Lärm wurde die Nachtruhe der Bewohner der umliegenden Häuser in empfindlicher Weise gestört; die den Lärm verursachenden nächtlichen Arbeiten sind auf Weisung des Angeklagten als Arbeitgeber ausgeführt worden und dieser hat gewußt, daß die angeordnete Reparatur nur unter lärmendem, die Nachtruhe der Nachbarschaft erheblich störenden Feilen und Klopfen ausgeführt werden konnte.

In diesen Feststellungen findet die Annahme des Berufungsgerichts, daß ruhestörender Lärm und zwar auf Weisung und in voller Kenntnis des Angeklagten erregt wurde, ihre rechtlich einwandfreie Begründung. Strafbar ist die Erregung ruhestörenden Lärms nach § 360 Ziff. 11 StGB. jedoch nur dann, wenn sie ungebührlicherweise erfolgt und der mit einem erlaubten Tun, vorliegend mit der Ausübung eines statthaften Gewerbes oder bei Vornahme gewerblicher Arbeiten durch den Gewerbetreibenden, schon nach der Natur des Gewerbes verbundene Lärm darf im allgemeinen an sich nicht als ungebührlicher angesehen werden, weil dies andernfalls einem nach den Vorschriften der Gewerbeordnung unzulässigen Verbot des Gewerbebetriebs gleichkäme. Er kann aber zu einem ungebührlichen werden, wenn dadurch das Publikum in unnötiger oder übermäßiger Weise belästigt wird, wenn durch die konkrete Ausübung des Gewerbebetriebs die ordnungsmäßigen Grenzen in einer die Allgemeinheit unnötig belästigenden Weise überschritten werden und infolge dessen Art oder Zeit der Vornahme der betreffenden gewerblichen Arbeit mit der bestehenden, durch das friedliche Zusammen- und Nebeneinanderleben der Menschen gebotenen öffentlichen Ordnung unverträglich ist. Diese Auffassung entspricht der Theorie und Praxis in der Rechtsprechung wie auch der Natur der Sache; die gegenteilige Ansicht würde zu dem unannehmbaren Ergebnis führen, daß der berechtigte Anspruch der Allgemeinheit auf Wahrung der öffentlichen Ruhe und Ordnung dem Belieben des einzelnen Gewerbetreibenden anheimgegeben wäre. Die zitierte Strafbestimmung bezweckt gleich der in derselben Ziffer des § 360 für Verübung groben Unfugs gegebenen den Schutz der Allgemeinheit und erfordert daher zum Tatbestand eine Handlung, welche geeignet ist eine ungebührliche, d. h. die der Allgemeinheit schuldige Rücksicht grob verletzende Belästigung oder Gefährdung des äußeren Bestandes der öffentlichen Ordnung herbeizuführen, — vgl. Olshausen zu § 360 Ziff. 11 Note d, Stenglein das. N. 19, Frank das. N. 1; Entsch.

RG. in Strafs. Bd. 31 S. 192, Bd. 32 S. 100; Bd. 34 S. 364; Goltd. Arch. Bd. 39. 175, Bd. 46 S. 220, Bd. 48. 317, Entsch. OLG. München Bd. III S. 548, IX S. 258, Oberst. LG. Bd. II S. 338.

Diese Voraussetzung kann deshalb ohne Rechtsirrtum im Fall eines durch den Betrieb eines erlaubten Gewerbes verursachten ruhestörenden Lärms dann als gegeben erachtet werden, wenn durch Art oder Zeit des Gewerbebetriebs Belästigungen hervorgerufen werden, welche durch diesen selbst innerhalb der Grenzen seiner ordnungsmäßigen Ausübung nicht schlechthin geboten, sondern darauf zurückzuführen sind, daß der Gewerbetreibende z. B. aus Laune oder Bequemlichkeit oder mit Hintansetzung der gewöhnlichen Vorsichtsmaßregeln Veranstaltungen trifft, welche eine weitgehende Belästigung des Publikums im Gefolge haben oder daß er unter Außerachtlassung der dem Publikum und der öffentlichen Ordnung gegenüber schuldigen Rücksicht die Einführung solcher Einrichtungen im Betrieb ohne dessen Schädigung unterläßt, welche den Lärm zu beseitigen oder erheblich zu vermindern geeignet wären. Ob und wie dies im Einzelfall zutrifft, ob von dem erwähnten Gesichtspunkt aus der Lärm ein ungebührlich erregter ruhestörender Lärm ist, hat der Tatrichter auf Grund sachgemäßer Würdigung der gegebenen Umstände zu entscheiden. Vorliegend wurde diese Frage vom Berufungsgericht bejaht. Es wurde dem Angeklagten zwar nicht verworfen, daß er ein geschäftliches Interesse an der sofortigen Vornahme der Reparaturarbeiten bei Nacht haben mochte, und daß er diese nur wegen der beschränkten Raumverhältnisse nicht in seiner geschlossenen Werkstatt vornehmen ließ, aber es stand nach der Ueberzeugung des Gerichts nichts im Wege, die Reparatur ohne beträchtliche Mehrkosten in einer anderen genügend geräumigen geschlossenen Werkstätte oder nötigenfalls an einem abgelegenen Ort vorzunehmen, zumal der Motorwagen trotz des Defekts noch fortbewegt werden konnte, was dem Angeklagten alles wohl bekannt war, dem es nur gelegener erschien, die

Reparatur im Hof neben seiner Werkstätte ausführen zu lassen. Auf Grund dieser Erwägung hat das Berufungsgericht die Störung und Lärmerregung als eine ungebührliche erklärt, weiterhin als die Ueberschreitung einer gewerblichen Befugnis in einer das Publikum unnötig belästigenden Weise.

Diese Feststellungen lassen eine rechtsirrtümliche Auffassung nicht erkennen und wenn die Revision sie nicht für ausreichend hält, sofern nicht zugleich festgestellt wurde, ob der Angeklagte eine andere ausreichende Werkstätte besessen oder sich rasch habe zugänglich machen können oder ob er kraft Eigentums oder sonstwie für die Vornahme der Reparatur ein entsprechend abgelegenes Grundstück benützen konnte und eventuell nicht mit Rücksicht auf die Art der erforderlichen Arbeitsgeräte und die Witterung daran gehindert gewesen wäre —, so übersieht sie, daß das Revisionsgericht nicht in der Lage ist, die Richtigkeit und Zulänglichkeit der Gründe, auf welchen die t a t s ä c h l i c h e n Feststellungen beruhen, seinerseits nachzuprüfen, sich vielmehr insoweit auf die Beantwortung der Frage zu beschränken hat, ob eine materiell-rechtliche Gesetzesverletzung vorliegt. Eine solche ist in diesem Teil nicht ersichtlich und die auf mangelhafte tatsächliche Begründung der getroffenen Feststellung gestützte Rüge kann überdies als Rüge der Verletzung einer Rechtsnorm über das Verfahren — § 266 StPO. — im Hinblick auf § 380 StPO. in dieser Instanz eine Beachtung nicht finden.

Die weitere Bemängelung der Revision, der Angeklagte habe sich nach den besonderen Umständen des Falles in einer Notlage befunden, scheitert an der hierin anders lautenden, oben angeführten Feststellung des Vorrichters und auch der Hinweis darauf, daß es sich um ein dem öffentlichen Interesse dienendes Personentransportunternehmen handle und ein Berufsrecht des Angeklagten auf Vornahme dringender, den ununterbrochenen Bestand der Verkehrsverbindung sichernder Reparaturen an seinem einzigen Betriebsmittel anzuerkennen

sei, vermag nach dem Ausgeführten hieran nichts zu ändern, insbesondere ist dem Erfordernis eines rechtswidrigen Handelns durch die rechtlich einwandfreie Feststellung genügt, daß die Lärmerregung eine ungebührliche war.

In zweiter Linie bestreitet die Revision das Vorliegen des subjektiven Tatbestands bei den Personen der als Täter in Betracht kommenden Arbeiter des Angeklagten. Nach der Feststellung des Berufungsgerichts waren die Arbeiter sich der ruhestörenden Wirkung des von ihnen bei Vornahme der Reparaturarbeit verursachten Lärms wohl bewußt und sie haben trotzdem die lärmenden Arbeiten die ganze Nacht hindurch fortgesetzt, obwohl sie bei der nötigen Ueberlegung zu der Ueberzeugung hätten gelangen müssen, daß die Lärmerregung eine ungebührliche war. Hiemit hat das Berufungsgericht auch den subjektiven Tatbestand einer Uebertretung des § 360 Z. 11 Fall I StGB. genügend festgestellt, — soweit es die Arbeiter einer solchen für schuldig erklärte. Denn die fragliche Uebertretung erfordert nur ein vorsätzliches Tun, eine vorsätzliche Vornahme der lärmerregenden Handlung selbst, nicht aber auch ein vorsätzliches Handeln in Beziehung auf den Erfolg der Tat, nämlich die ungebührliche Lärmerregung und die darin liegende ungebührliche Belästigung des Publikums, vielmehr genügt insoweit das Vorhandensein einer Verschuldung dieses Erfolgs. Wenn also die Arbeiter die ruhestörende Wirkung ihrer geräuschvollen Arbeit kannten und bei pflichtmäßiger Ueberlegung vorauszusehen und zu erkennen in der Lage waren, daß die Lärmerregung eine ihre gewerbliche Befugnis überschreitende und daher ungebührliche sei, sie aber gleichwohl bei ihrem vorsätzlichen Handeln diesen Erfolg in fahrlässiger Verschuldung herbeiführten, so waren sie nach § 360 Z. 11 strafbar; eine auf die Ruhestörung als solche gerichtete Absicht ist nicht, wie die Revision behauptet, erforderlich, es reicht ein vorsätzliches jene Wirkung herbeiführendes Handeln aus. Diese Auffassung ist von der konstanten Rechtsprechung des Reichsgerichts getragen, vgl. Entsch. in Straff. Bd. 16

S. 100, Goltd. Arch. Bd. 43 S. 119 und 239, sie entspricht auch derjenigen der Oberlandesgerichte Dresden (Annalen Bd. 16 S. 202, Bd. 21 S. 408) und München (obige Zitate und Oberst LG. Bd. III S. 392), sowie des Kammergerichts Berlin (Olshausen zu § 360 Z. 11 N. e δ); sie ist in der Theorie vertreten von Oppenhoff Komm. (1901) zu § 360 Note 82, Stenglein das. N. 22. Der teilweise weitergehenden Ansicht von Olshausen a. a. O., und Frank a. a. O., auf welche sich die Revision für ihre Behauptung beruft, daß das Wissen und Wollen des Lärms als eines die gewerbliche Befugnis überschreitenden und daher ungebührlichen festzustellen gewesen wäre, vermag der Strafsenat nicht beizutreten.

Nun hat aber das Berufungsgericht den Angeklagten nicht etwa als Täter bestraft, weil er die die Ruhestörung verursachenden nächtlichen Arbeiten angeordnet, die Arbeiter hiebei als seine Werkzeuge in eigener Ausführung der Straftat benützt hat und sich der erheblichen Ruhestörung der Nachbarschaft bewußt war, auch die Lärmerregung als eine ungebührliche voraussehen konnte, sondern es hat ihn als Anstifter zu der von den Arbeitern begangenen strafbaren Handlung angesehen und in Anwendung des § 48 StGB. bestraft. Im angefochtenen Urteil wird hierüber ausgeführt: Der Angeklagte habe als Arbeitgeber zu dem festgestellten strafbaren Handeln seiner Arbeiter diesen die Weisung erteilt und hiebei gewußt, daß die Reparaturarbeit bis mindestens Mitternacht dauern werde, sowie daß sie nur unter lärmendem, die Nachtruhe der Nachbarschaft erheblich störendem Feilen und Klopfen ausgeführt werden konnte; indem er trotz dieses Wissens die fragliche Anordnung gab, habe er auch die Ruhestörung zwar nicht bezweckt aber doch gewollt, er habe seine Arbeiter, welche ungebührlicherweise ruhestörenden Lärm verübten, hiezu durch entsprechenden Auftrag vorsätzlich bestimmt. Nach dieser Feststellung hat der Angeklagte zu einer Uebertretung im Sinn des § 360 Ziff. 11 Fall I angestiftet, welche Uebertretung zwar auf einem vor-

sätzlichen Handeln der Täter, bezüglich des eingetretenen Erfolgs der ungebührlichen Ruhestörung jedoch nur auf einem fahrlässigen Verschulden derselben beruht. Hiemit tritt der Vorrichter in Widerspruch mit der in der Rechtsprechung stets festgehaltenen, wenn auch in der Theorie nicht unbestrittenen (Olshausen zu § 48 N. 18; Stenglein N. 9 zu Abschn. III. StGB.) Auffassung, daß eine nach § 48 StGB. strafbare Anstiftung nur bei dem vorsätzlichen Delikt möglich und bei fahrlässig verübten strafbaren Handlungen schon begriffsmäßig ausgeschlossen ist (Entsch. RG. Bd. X S. 8; XXIII 176, XXX 296, XXXIV 296). Wohl ist vorliegend ein vorsätzliches Handeln der Täter festgestellt, jedoch nicht bezüglich der ein wesentliches Tatbestandsmerkmal bildenden Ungebührlichkeit der Lärmerregung, sofern die Täter nach den Urteilsgründen diese Rechtsverletzung nicht und auch nicht etwa eventuell gewollt, sondern nur dadurch verschuldet haben, daß sie bei ihrem Tun die erforderliche Aufmerksamkeit nicht beobachtet, daß sie fahrlässig gehandelt haben. Wenn letzteres auch zur Strafbarkeit aus § 360 Z. 11 nach obigem genügt, und eine strafbare Anstiftung auch bei einem Delikt ohne das tatbestandliche Erfordernis des Vorsatzes an sich nicht ausgeschlossen ist, so trifft dies doch nur dann zu, wenn der Täter im Einzelfall die Uebertretung in der Tat vorsätzlich verübt, wenn er bezüglich aller Tatbestandsmerkmale mit Vorsatz, wenigstens mit Eventualdolus gehandelt hat. Eben diese Voraussetzung ermangelt hier nach der getroffenen Feststellung und der hierauf gerichtete Angriff der Revision mußte Erfolg haben. Die Verurteilung des Angeklagten als Anstifter beruht auf einem Rechtsirrtum bezüglich der Anwendung des § 48 StGB. und es konnte bei diesem Sachverhalt das angefochtene Urteil nicht aufrechterhalten werden.

Urt. des Strafsenats vom 29. Dez. 1906 in der Strafsache gegen Sch. in St. wegen Uebertretung im Sinn des § 360 Z. 11 StGB.

14.

Zum Begriff der Oeffentlichkeit der Beleidigung; fällt eine in einem Beweisaufnahmetermin gefallene Aeußerung darunter?

Zwischen den Parteien war bei dem Amtsgericht O. ein Rechtsstreit wegen einer Kaufpreisforderung anhängig. In einem zur Beweisaufnahme und zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung bestimmten Termin, der in öffentlicher Sitzung stattfand, wurde die Ehefrau des Angeklagten als Zeugin vernommen und als sie die Frage des Vorsitzenden, ob sie am Ausgang des Rechtsstreits unmittelbar beteiligt sei, verneinte, machte der Privatkläger eine spöttische Bemerkung, worauf der Angeklagte dem Privatkläger die Worte zurief: „unkultivierter Kerle"! Da die Aeußerung in öffentlicher Gerichtssitzung geschah, zu der das Publikum unbeschränkten Zutritt hatte, so konnte die Aeußerung von unbestimmt welchen und wie vielen Personen gehört werden, gleichviel ob — was übrigens der Privatkläger behauptet — im Augenblick der Aeußerung außer dem Gericht und den Prozeßbeteiligten weitere Personen im Sitzungszimmer anwesend waren; denn in jedem Augenblick konnten weitere Personen eintreten. Alle diese Umstände kannte der Angeklagte.

Das Schöffengericht hat den Angekl. wegen eines Vergehens öffentlich begangener Beleidigung im Sinn von § 185 des StGB. zu der Geldstrafe von 10 Mk. ev. zu 2 Tagen Gefängnis verurteilt. Auch ist dem Privatkläger die Befugnis zugesprochen worden, den verfügenden Teil des Urteils binnen der Frist von einer Woche nach Zustellung einer Ausfertigung des rechtskräftigen Urteils durch einmalige Einrückung im Sch. Anzeiger auf Kosten des Angekl. öffentlich bekannt zu machen. Die von dem Angekl. gegen dieses Urteil — übrigens unter Beschränkung auf die Anfechtung der ausgesprochenen Publikationsbefugnis — erhobene Berufung

ist von der Strafkammer in dem angefochtenen Urteil verworfen worden. Die Revision rügt, daß die Strafkammer den Begriff der Oeffentlichkeit verkannt habe, sofern eine Beweisaufnahme keine Verhandlung vor dem erkennenden Gericht i. S. von § 170 GVG. sei und nach den Bestimmungen der CPO insbes. § 370, 357 nicht öffentlich erfolge.

Die Revision ist nicht begründet:

Nach den Feststellungen der Strafkammer hat der Angeklagte die beleidigende Aeußerung in öffentlicher Gerichtssitzung getan. Dies allein würde allerdings noch nicht genügen, um die Beleidigung als eine öffentliche im Sinn von § 200 des StGB. erscheinen zu lassen. Die Strafkammer hat aber weiter festgestellt, daß die Beleidigung von unbestimmt welchen und wie vielen Personen habe gehört werden können, da, wenn auch im Augenblick der Aeußerung außer dem Gericht und den Prozeßbevollmächtigten niemand im Sitzungszimmer gewesen wäre, doch jederzeit weitere Personen hätten eintreten können. Angesichts dieser Feststellungen ist gegen die Annahme der Strafkammer, daß die Beleidigung öffentlich verübt sei, eine Einwendung nicht zu erheben. Ob die Beweisaufnahme, in der der Angekl. die Beleidigung verübt hat, mit Recht oder Unrecht in öffentlicher Sitzung stattgefunden hat, ist unerheblich. Entscheidend für die Oeffentlichkeit der Verübung ist lediglich, daß die Aeußerung unter Umständen geschah, die sie der Wahrnehmung unbestimmt welcher und wie vieler Personen zugänglich machten. Daß dies der Fall war, ist von der Strafkammer ohne Rechtsirrtum festgestellt worden.

Im übrigen ist die Behauptung der Revision unrichtig, daß Beweisaufnahmen stets in nicht öffentlicher Sitzung zu erfolgen haben. Die Bestimmungen über die Oeffentlichkeit der Gerichtssitzungen finden sich nicht in der CPO., sondern in § 170 ff. GVG. (vgl. auch § 45, 91). Nach § 170 GVG., der gleichmäßig für Civilsachen und für Strafsachen gilt, erfolgt die „Verhandlung" vor dem erkennenden Gericht öffentlich. Unter Verhandlung im Sinn von § 170 GVG. ist

aber die Produzierung des gesamten Prozeßstoffs vor dem Prozeßrichter zu verstehen, also neben den Erklärungen der Parteien auch die Vorführung der Beweise. Die von der Revision angeführten §§ 370, 357 CPO. treffen über die Oeffentlichkeit der Verhandlung überhaupt keine Bestimmung, insbes. kann aus § 357 nicht auf den Ausschluß der Oeffentlichkeit geschlossen werden. Der § 357 bestimmt lediglich, daß den Parteien in jedem Fall einer Beweisaufnahme die Anwesenheit gestattet ist, also auch dann, wenn kraft Gesetzes (z. B. vor einem beauftragten oder ersuchten Richter) oder kraft Verfügung des Gerichts (vgl. § 171 ff. GVG.) die Oeffentlichkeit ausgeschlossen ist. Ob aber im einzelnen Fall außer den Parteien noch weitere Personen zur Beweisaufnahme Zutritt haben, ob dieselbe also öffentlich oder nicht öffentlich vorzunehmen sei, ist aus § 357 CPO. nicht zu entnehmen. Es ist hienach nicht zu bezweifeln, daß die Beweisaufnahme vor einem erkennenden Gericht (vorbehältlich der in § 171 ff. der GVG. zugelassenen Ausnahmen) öffentlich zu erfolgen hat. Ebensowenig aber ist zweifelhaft, daß das Amtsgericht bei der Beweisaufnahme vom 22. Septbr. 1905 als „erkennendes Gericht" tätig war, da es zur Entscheidung des im Stadium der Beweisaufnahme befindlichen Rechtsstreits berufen war. Diese Beweisaufnahme ist daher mit Recht in öffentlicher Sitzung erfolgt.

Urt. v. 18. April 1906 in der Privatklagsache des A. G. gegen A. L. in Th. wegen Beleidigung.

II.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

11.

Berechnung der Frist zur Einlegung der Rechtsbeschwerde gegen den Ansatz einer Kapitalsteuer bei Zustellung der angefochtenen Entscheidung an eine Ortsarmenbehörde.

In den Gründen ist ausgeführt:

Die Beschwerde war auf Grund des Art. 60 Abs. 3 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 wegen Versäumung der zu ihrer Einlegung bestimmten Frist unter Ansatz einer Sportel nach Nr. 75 Ziff. 9 des Tarifs zurückzuweisen. Für die Rechtsbeschwerde gegen den Ansatz der Kapitalsteuer gelten dieselben Vorschriften, wie für die Rechtsbeschwerde in Einkommensteuersachen (Art. 19 Abs. 3 des Kapitalsteuergesetzes). Die Beschwerde war daher in Gemäßheit des Art. 64 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes vom 8. August 1903 binnen der Notfrist von zwei Wochen von der Zustellung der Entscheidung an schriftlich bei dem Verwaltungsgerichtshof oder dem Finanzministerium einzulegen und zu begründen. Die näheren Vorschriften über die Vornahme und Bewirkung der Zustellungen sind durch den auch für Kapitalsteuersachen gültigen Art. 63 Ziff. 5 des Einkommensteuergesetzes dem Finanzministerium überlassen und in dessen Vollzugsverfügung vom 9. Juni

1904 (RegBl. S. 117 § 22) enthalten; insbesondere ist hier unter Ziff. 4 lit. b in Uebereinstimmung mit § 171 CPO. bestimmt, daß bei juristischen Personen die Zustellung an den Vertreter erfolgt, und daß bei mehreren Vertretern die Zustellung an einen derselben genügt. Im vorliegenden Falle nun ist die Uebergabe der Abschrift der angefochtenen Entscheidung offenbar am 27. Oktober 1906 an den Vorstand der Ortsarmenbehörde in U. erfolgt, da dessen entweder von dem Kameralamt U. oder von einem der städtischen Beamten entworfene Empfangsbescheinigung dieses Datum trägt und kein Grund vorliegt, an der Richtigkeit dieses Datums zu zweifeln, wenn auch die für die Zustellung maßgebenden Vorschriften insoferne nicht streng eingehalten worden sind, als die in § 22 Ziff. 3 der Ministerialverfügung verlangte Beurkundung der Uebergabe und des Tags der Uebergabe durch die mit der Zustellung beauftragte Person (Amtsdiener) fehlt. Die Zustellung der angefochtenen Entscheidung an die Ortsarmenbehörde in U. als die gesetzliche Vertreterin der Hospitalstiftung U. ist hiernach am 27. Oktober 1906 bewirkt worden; von diesem Zeitpunkt an, nicht erst von der Eröffnung der Entscheidung an die Ortsarmenbehörde in deren Sitzung am 31. Oktober 1906 an ist die 14tägige Notfrist zur Einlegung der Rechtsbeschwerde zu berechnen; sie war demgemäß am 14. November 1906, an welchem Tage der die Rechtsbeschwerde enthaltende Schriftsatz beim Verwaltungsgerichtshof einkam, abgelaufen; der Schriftsatz kann daher eine Berücksichtigung nicht finden.

Urt. vom 12. Dezember 1906 in der Rechtsbeschwerdes. der Hospitalstiftung U.

12.

Die Maßregeln der Polizeibehörden zur Abwehr von Viehseuchengefahr unterliegen nicht der Anfechtung mit der Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof.

Dieser Satz ist folgendermaßen begründet:

Nach Art. 13 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes entscheidet der Verwaltungsgerichtshof über Beschwerden gegen Entscheidungen oder Verfügungen der Verwaltungsbehörden, wenn jemand behauptet, daß die ergangene, auf Gründe des öffentlichen Rechts gestützte Entscheidung oder Verfügung rechtlich nicht begründet, und daß er hierdurch in einem ihm zustehenden Recht verletzt oder mit einer ihm nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet sei. Ausgeschlossen ist diese Beschwerde, wenn und soweit die Verwaltungsbehörden durch das Gesetz nach ihrem Ermessen zu verfügen ermächtigt sind. Letzteres trifft nun für die auf Grund des Reichsgesetzes, betreffend die Abwehr und Unterdrückung der Viehseuchen vom 23. Juni 1880/1. Mai 1894 (RGesBl. S. 410) zur Handhabung der Seuchenpolizei berufenen Behörden ganz allgemein zu. Insbesondere aber war auch im vorliegenden Falle das K. Ministerium des Innern nach §§ 13 und 20 des angeführten Gesetzes in Verbindung mit § 10 desselben und mit § 1 der bundesrätlichen Instruktion zur Ausführung der §§ 19—29 des angeführten Gesetzes vom 27. Juni 1895 (RGesBl. S. 358) ermächtigt, die Verfütterung der noch vorhandenen Mohnkuchen an nicht geimpfte Tiere zu verbieten, sofern es hierin nach seinem Ermessen eine zur Verhütung der Weiterverbreitung der Seuche erforderliche Schutzmaßregel sah. Denn § 18 des Reichsviehseuchengesetzes schreibt vor, daß im Falle der Seuchengefahr und für deren Dauer vorbehaltlich der in dem Gesetz rücksichtlich einzelner Seuchen erteilten besonderen Vorschriften je nach Lage des Falles und nach der Größe der Gefahr unter Berücksichtigung der beteiligten Verkehrsinteressen die in § 19—29 des Gesetzes angeführten Schutzmaßregeln polizeilich angeordnet werden können, und in § 20 Abs. 1 des Gesetzes sind unter diesen der Polizeibehörde zur Auswahl gestellten Schutzmaßregeln auch aufgeführt Beschränkungen in der Art der Benutzung solcher Gegenstände, die geeignet sind, die Seuche zu verschleppen. Ist demnach sowohl die Erlassung von Schutzmaßregeln überhaupt als auch die Art der zu treffen-

den Maßregeln innerhalb der gesetzlichen Schranken dem freien Ermessen der Polizeibehörde anheimgegeben, so ist die Rechtsbeschwerde gegen eine solche Verfügung nach Art. 13 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes ausgeschlossen und es war die erhobene Beschwerde in dieser Richtung als unzulässig abzuweisen.

Die Rechtsbeschwerde war aber auch nach Art. 15 Ziff. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes als unzulässig zu erachten, da hiernach in denjenigen Fällen, in denen vermöge besonderer gesetzlicher Bestimmung einer Verwaltungsbehörde die endgültige Entscheidung zugewiesen ist, die Beschwerde bei dem Verwaltungsgerichtshof nicht stattfindet. Dies trifft für den vorliegenden Fall zu, weil gemäß Art. 14 des Württ. Ausführungsgesetzes zum Reichsviehseuchengesetz vom 20. März 1881 (RegBl. S. 189) Beschwerden gegen die Anordnungen der Polizeibehörden zur Abwehr und Unterdrückung von Viehseuchen im Verwaltungswege erledigt werden.

Urt. vom 5. Dezember 1906 in der Rechtsbeschwerdes. der Aktiengesellschaft Bremen-Besigheimer Oelfabriken in B.

13.

Die Voraussetzungen für die Verpflichtung der Gemeinden zur Leistung einer Vergütung für die Erhebung der örtlichen Zuschläge zu der staatlichen Umsatzsteuer.

Aus den Gründen:

Die Verpflichtung der Gemeinden, für die Bemühungen der Staatssteuerbehörden bei der Erhebung der örtlichen Zuschläge zu der staatlichen Umsatzsteuer eine Vergütung an die Staatskasse zu leisten, ist in ihren Voraussetzungen erschöpfend durch den Art. 48 Abs. 1 des Gemeindesteuergesetzes geregelt; lediglich die Bemessung des Betrags dieser Vergütung ist vom Gesetz der Ministerialverfügung überlassen. Die Vergütung ist nach dem Gesetz zu leisten

für den Ansatz und den Einzug der Zuschläge durch die Staatssteuerbehörden; der Ansatz allein verpflichtet also nicht zur Leistung der Vergütung, diese Verpflichtung wird erst begründet, kommt nur zur Entstehung mit dem Einzug der Zuschläge. Der Natur der Sache nach steht der Nachlaß solcher Zuschläge rechtlich und wirtschaftlich nicht auf einer Linie mit dem Einzug, vielmehr steht der Nachlaß in einem Gegensatz zum Einzug, er bewirkt, daß der Einzug unterbleibt. Im vorliegenden Falle ist es unbestrittenermaßen nicht zum Einzug des der Frau K. zu gunsten der Stadt St. angesetzten örtlichen Zuschlags gekommen; nach Ausweis der Akten ist auch nicht ein Versuch des Einzugs dieses Zuschlags gemacht worden; es ist nicht eine an sich begründete Steuerforderung wegen ihrer Uneinbringlichkeit in Abgang verrechnet, sondern aus Gründen der Billigkeit auf die Steuerforderung selbst verzichtet worden. Im Verhältnis zwischen dem mit dieser Umsatzsteuer betrauten K. Kameralamt H. und der Stadtgemeinde St. ist im ganzen Rechnungsjahr 1905 der Einzug eines örtlichen Zuschlags zu gunsten der Stadt St. nicht vorgekommen. Bei dieser Sachlage fehlt es an einer wesentlichen Voraussetzung für die von der Staatskasse beanspruchte Vergütung von 13 Mk. 76 Pfg. Dieser Anspruch kann unter den obwaltenden Umständen auch nicht mit Erfolg auf den § 58 der Vollzugsverfügung vom 22. September 1904 gestützt werden, wonach die Vergütung auf 2% beziehungsweise 1% des Bruttosollertrags der örtlichen Zuschläge festgesetzt ist; insoweit diese Bestimmung in Anwendung auf den vorliegenden Fall einen den gesetzlichen Vorschriften nicht entsprechenden Maßstab enthalten sollte, könnte ihr rechtliche Wirksamkeit nicht zugestanden werden.

Bei der vorstehenden aus dem Wortlaut des Art. 48 Abs. 1 sich ergebenden Auslegung bleiben allerdings die Bemühungen der Staatssteuerbehörden um die örtlichen Zuschläge, wenn sie nicht zu deren Einzug führen, ohne Vergütung; allein im Verhältnisse zwischen Staats- und Ge-

meindebehörden, die mannigfach auf wechselseitige unentgeltliche Hilfeleistung bei Erfüllung ihrer beruflichen Aufgaben angewiesen sind, erscheint dies nicht auffällig; unbillig aber wäre es, wenn eine Gemeinde für einen Steuerbetrag, dessen Einzug infolge des Nachlasses seitens der Staatsgewalt unterblieben ist, der Staatskasse eine Einzugsgebühr zu entrichten hätte.

Urt. vom 5. Dezember 1906 in der Rechtsbeschwerdes. der Stadtgemeinde St.

14.

Die Umsatzsteuerpflicht bei der Verbindung eines Kaufvertrags über einen Bauplatz mit einem Werkvertrag über die Erstellung eines Gebäudes auf diesem Bauplatz.

1. Mit notariellem Kaufvertrag vom 8. September 1900 haben die Werkmeister D. und Z. in St. an den Beschwerdeführer H. daselbst die neugebildete Parzelle 7257/16 im Gewand Steinenhausen im Meßgehalt von 5 a 30 qm, Baustelle der künftigen Gebäude Nr. 129 und 129a der Militärstraße in St.; um den Kaufpreis von 20000 Mk. verkauft. Die Auflassung und Eintragung in das Grundbuch, die nach dem Vertrag am 1. Oktober 1900 erfolgen sollte, hat am 3. Dezember 1900 nach Bezahlung des Angelds von 3000 Mk. stattgefunden. In dem Kaufvertrag ist auf einen am gleichen Tag abgeschlossenen besonderen Werkvertrag hingewiesen, der dem Kaufvertrag zu grunde liege und als integrierender Bestandteil des Kaufvertrags anerkannt werde. Nach diesem Werkvertrag oder „Bauakkordvertrag", der nicht notariell beurkundet ist, haben die Verkäufer es unternommen, bis zum 1. Juli 1901 (bei dem Hintergebäude bis zum 1. April 1901) auf der verkauften Parzelle für den Käufer ein Vorder- und Hintergebäude um die runde Summe von 98000 Mk. zu errichten.

Nachdem die Steuerbehörde zunächst nur aus dem Kauf-

preis für das Grundstück über 20000 Mk. eine Umsatzsteuer von 400 Mk. angesetzt hatte, welche Steuer nicht im Streit ist, ist nachträglich im Oktober 1905 auch noch aus der Bauakkordsumme von 98000 Mk. unter der Annahme eines einheitlichen Werklieferungsvertrags eine Umsatzsteuer von 1960 Mk. (1176 Mk. für den Staat und 784 Mk. für die Gemeinde) angesetzt worden.

Gegen diese weitere Umsatzsteuer hat der Käufer H. Beschwerde erhoben mit der Begründung, daß es sich um zwei selbständige Verträge handle und die Bauakkordsumme für das erst nach der Auflassung des gekauften Grundstücks zu erstellende Bauwesen einer Umsatzsteuer nicht unterliege.

Die Beschwerde wurde durch Entscheidung des Steuerkollegiums, Abteilung für direkte Steuern, vom 30. Dezember 1905 als unbegründet abgewiesen und auch die weitere Beschwerde an das K. Finanzministerium hatte keinen Erfolg. Gegen die diese Beschwerde abweisende Entscheidung des K. Finanzministeriums vom 17. Juli 1906, zugestellt am 2. August, richtet sich die bei dem Verwaltungsgerichtshof am 20. August 1906 eingelegte Rechtsbeschwerde mit dem Antrag auf Absetzung der nachträglich angesetzten Umsatzsteuer von 1960 Mk.

2. Die Beschwerde ist als begründet anzusehen. Nach Art. 1 Abs. 1 des Umsatzsteuergesetzes vom 28. Dezember 1899 unterliegen der Steuer von Grundstücksumsatz Kauf- und Tauschverträge und andere entgeltliche Rechtsgeschäfte, welche den Erwerb des Eigentums an Grundstücken und solcher Berechtigungen zum Gegenstande haben, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten. Es will damit der auf entgeltlichen Rechtsgeschäften beruhende Umsatz von Grundstücken besteuert werden. Zu den Kaufverträgen, welche die Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück zum Gegenstand haben, gehören gemäß § 651 Abs. 1 des BGB. auch die sich auf die Ueberbauung eines Grundstücks beziehenden sog. Werklieferungsverträge, das sind solche Verträge, bei welchen die Absicht der Vertragsschließenden dahin

geht, daß der Verkäufer dem Käufer nicht nur das verkaufte Grundstück zum Eigentum übertragen, sondern vor dieser Eigentumsübertragung auf dem ihm noch gehörigen Grund und Boden aus seinen Baumaterialien für Rechnung des Käufers ein Gebäude erstellen und alsdann das fertige Gebäude mit dem Grundstück dem Besteller übereignen soll. Hier bezieht sich die Auflassung, welche zum Vollzug des Kaufvertrags nötig ist, auf das Grundstück mit dem von dem Verkäufer darauf erstellten und einen Bestandteil des Grundstücks bildenden Gebäude; es wird auf Grund des abgeschlossenen Vertrags dem Käufer das Eigentum an dem Grund und Boden und an dem darauf stehenden Gebäude verschafft; ein Umsatz findet an der Area sowohl wie an dem Gebäude statt und die Umsatzsteuer muß daher hier die Gegenleistung sowohl für die Beschaffung des Eigentums an dem Grund und Boden (die Kaufsumme) als für die Beschaffung des Eigentums an dem darauf errichteten Gebäude (die Bausumme) ergreifen.

Anders ist es bei einem reinen Werkvertrag, welcher die Errichtung eines Gebäudes auf dem Grundstück des Bestellers zum Gegenstand hat. Ein solcher Vertrag ist nicht umsatzsteuerpflichtig (Kommissionsbericht der Kammer der Abgeordneten zu Art. 1 des Entwurfs, Verh. der Kammer der Abgeordneten 1899/1900 VII. Beilagenband S. 306). Denn wenn auch die Materialien des Bauwesens von dem Unternehmer geliefert werden, so gehen hier die Baumaterialien und das damit erstellte Bauwesen unmittelbar mit der Einfügung in das Gebäude und in das Grundstück und durch diese Verbindung kraft gesetzlicher Vorschrift (§§ 94, 946 BGB.) in das Eigentum des Grundstücksbesitzers, des Bestellers über und erfolgt nicht eine besondere rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung an dem fertigen Gebäude, welche nach Art. 1 Abs. 1 des Umsatzsteuergesetzes von der Steuer erfaßt werden könnte. Ob in einem solchen Falle das überbaute Grundstück früher, vor der Ueberbauung, in dem Eigentum des Unternehmers gestanden und von diesem an den

Besteller des Gebäudes verkauft und übereignet worden war, ist rechtlich unerheblich; entscheidend ist nur, ob zur Zeit der Erstellung des Bauwesens das Eigentum an dem Grundstück dem Besteller und nicht dem Unternehmer zusteht.

Die Steuerpflicht tritt nach Art. 6 Abs. 1 Ziff. 1 des Gesetzes in der Regel ein mit der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Kaufvertrags. Für die Steuerpflicht ist daher maßgebend, ob nach Inhalt des Kaufvertrags ein sogenannter Werklieferungsvertrag vorliegt oder aber ein Kaufvertrag verbunden mit einem Werkvertrag, mit anderen Worten, ob nach Inhalt des Vertrags oder der Verträge die Absicht der Vertragsschließenden auf käufliche Ueberlassung des Grundstücks mit einem vom Verkäufer darauf zu erstellenden Gebäude geht, oder ob die käufliche Eigentumsbeschaffung sich nur auf das leere Grundstück, die Area, beziehen soll und erst nach dieser Eigentumsübertragung (durch Auflassung und Eintragung im Grundbuch) der Verkäufer auf dem alsdann dem Besteller gehörigen Grundstück ein Gebäude errichten soll. Während im ersteren Fall, bei Vorliegen eines Werklieferungsvertrags, nach Absicht der Parteien der Umsatz sich an dem Grund und Boden und an dem zu erstellenden Gebäude vollziehen soll und daher die Umsatzsteuer die gesamte Gegenleistung für Grundstück und Bau erfaßt, beschränkt sich in letzterem Fall nach Absicht des Vertrags der Umsatz auf die Eigentumsübertragung an dem Grund und Boden und kann nur die Gegenleistung für dieses (leere) Grundstück, welches der alleinige „steuerpflichtige Gegenstand" ist, also nur der Kaufpreis für die area besteuert werden. An dem erst nach der Auflassung des Grundstücks zu erbauenden Gebäude soll und kann durch das abgeschlossene Rechtsgeschäft und durch dessen Vollzug kein Eigentum beschafft worden, der Eigentumsübergang hieran vollzieht sich erst mit der späteren Errichtung auf dem Grundstück des Bestellers unmittelbar kraft Gesetzes. Hiebei macht es keinen Unterschied, ob der Kaufvertrag über das Grundstück und der Werkvertrag über das nach dessen Eigentums-

übertragung darauf zu erstellende Gebäude in untrennbarem Zusammenhang mit einander stehen, das eine Geschäft nicht ohne das andere geschlossen worden wäre, der Unternehmer ohne die Uebertragung des Bauwesens sich auf den Verkauf des ihm gehörigen Grundstücks nicht eingelassen hätte, die Uebertragung des Baus zur Bedingung des Verkaufs des Grundstücks gemacht worden ist. Denn hierdurch wird an der Tatsache nichts geändert, daß nach dem Inhalt und Zweck der Verträge nur das Grundstück selbst, die area, den Gegenstand einer Eigentumsübertragung, eines Umsatzes und damit den steuerpflichtigen Gegenstand bildet und daß die für die Ueberbauung des Grundstücks versprochene Leistung, die Bausumme, nicht zum Zweck des Erwerbs des Grundstücks, des steuerpflichtigen Gegenstands, übernommen ist. Diese Leistung kann daher auch nicht auf Grund des Art. 3 Abs. 1 Ziff. 1 des Gesetzes zur Umsatzsteuer herangezogen werden. Insbesondere bildet das übernommene Bauwesen nicht einen Bestandteil des verkauften Grundstücks, der nach Art. 1 Abs. 3 des Gesetzes zu den steuerpflichtigen Gegenständen gehören würde, da das Bauwesen zur Zeit des Kaufvertrags und zur Zeit der Auflassung des Grundstücks noch gar nicht vorhanden ist und da die Absicht der Vertragsschließenden auf die Mitübertragung des Gebäudes als eines Bestandteils des Grundstücks nicht gerichtet war und nicht gerichtet sein konnte. Die bloße Verpflichtung, auf einem Grundstück einen Bau zu errichten, ist aber auch nicht ein Recht, welches mit dem Eigentum an dem Grundstück selbst verbunden ist, und daher nach § 96 des BGB. als Bestandteil des Grundstücks zu gelten hätte.

Haben der Verkäufer und Käufer in ernstlicher Absicht statt eines Werklieferungsvertrags einen Kaufvertrag verbunden mit einem Werkvertrag abgeschlossen, so ist es auch unerheblich, ob sie diesen gesetzlich zulässigen Weg in der Absicht, eine höhere Umsatzsteuer zu vermeiden, gewählt haben. Nur ist im einzelnen Fall, wenn mit dem Verkauf eines Grundstücks der Verkäufer zugleich die Ueberbauung

des Grundstücks für Rechnung des Käufers sich ausbedingt, zuzusehen, ob die Vertragsschließenden nicht in Wirklichkeit einen Werklieferungsvertrag geschlossen haben, ob also die Eigentumsbeschaffung nicht gleichzeitig auf das Grundstück und auf das zu erbauende Gebäude sich erstrecken soll. Auch ist zu prüfen, ob im Falle eines Kauf- und Bauvertrags in der Gegenleistung für das Bauwesen nicht etwa teilweise ein Entgelt für das Grundstück enthalten, der festgestellte Kaufpreis nicht absichtlich zu nieder bemessen ist. Hiebei sind vornehmlich die einzelnen Bestimmungen über die Zeit der Uebergabe des Grundstücks und des zu erstellenden Gebäudes, über die Feststellung der Kauf- und Bausumme, über die Art und Zeit der Zahlung und den Beginn der Verzinsung dieser Summen, über den Zeitpunkt des Uebergangs der Gefahr und der Nutzung auf den Besteller in Betracht zu ziehen und es hat der Verwaltungsgerichtshof in der von der Steuerbehörde angeführten Entscheidung vom 21. Juni 1905 nach der Gesamtlage der Umstände des Falls das Vorliegen eines einheitlichen Werklieferungsvertrags trotz der formellen Auflassung des Grundstücks vor der Erstellung des Gebäudes angenommen. Eines näheren Eingehens auf diese frühere Entscheidung bedarf es jedoch nicht, da in dem jetzt zur Entscheidung stehenden Fall die tatsächlichen Verhältnisse mehrfach verschieden sind und schlüssige Tatsachen dafür nicht vorliegen, daß die in dem Vertrag bestimmte Uebertragung des Eigentums an dem Grundstück v o r der von dem Verkäufer übernommenen Erstellung des Gebäudes der wirklichen Absicht der Vertragsschließenden nicht entspreche.

Nach dem Kaufvertrag vom 8. September 1900 soll die um 20 000 Mk. verkaufte Baustelle am 1. Oktober 1900 übergeben und aufgelassen werden; an diesem Tag war das Angeld zu bezahlen, von da ab war der Rest des Kaufgelds zu verzinsen. Die Auflassung ist auch am 3. Dezember 1900 nach Bezahlung des Angelds erfolgt. Die nach dem gleichzeitigen Bauakkordvertrag von den Verkäufern auf dem verkauften Grundstück zu erstellenden Gebäude sollten dagegen

erst bis 1. April beziehungsweise 1. Juli 1901 fertig gestellt werden und mit deren Bau ist erst nach der Auflassung und Eigentumsübertragung des Grundstücks begonnen worden. Die Gegenleistung hiefür, die Bausumme von 98000 Mk. ist nach Art, Zeit der Zahlung und Verzinsung besonders bestimmt worden und dafür, daß in diesen 98000 Mk. teilweise noch ein Entgelt für die area begriffen sei, liegt irgend welcher Anhalt nicht vor. Nach Inhalt dieser Verträge und nach der tatsächlichen Ausführung liegt somit nicht ein Werklieferungsvertrag im genannten Sinne vor, sondern ein Kaufvertrag mit einem Werkvertrag, wobei es nach dem Ausgeführten unerheblich ist, daß dieser Werkvertrag einen integrierenden Bestandteil des Kaufvertrags bildete, der Kaufvertrag ohne den Bauvertrag nicht geschlossen worden wäre. Die Verkäufer haben sich nach Inhalt der Verträge, an deren Ernstlichkeit zu zweifeln kein Grund vorliegt, nicht, wie in der angefochtenen Entscheidung gesagt ist, verpflichtet, die von ihnen auf dem verkauften Grundstück zu erstellenden Gebäude dem Käufer mit dem Grundstück zu Eigentum zu verschaffen. Dieser Annahme widerspricht der Inhalt der Verträge, welche eine Erstellung der Gebäude erst nach der Auflassung und Uebereignung des Grund und Bodens auf dem alsdann dem Besteller gehörigen Grundstück vorsehen und daher eine rechtsgeschäftliche Eigentumsübertragung der zu erstellenden Gebäude nicht zum Gegenstand haben. Damit entfallen die Voraussetzungen für eine Anwendung des § 651 Abs. 1 des BGB. und des Art. 1 Abs. 1 des Umsatzsteuergesetzes. Ein Umsatz an den zu erstellenden Gebäuden sollte nicht stattfinden und hat nicht stattgefunden. Steuerpflichtiger Gegenstand war nur der Bauplatz, der allein Gegenstand des Kaufvertrags und der Auflassung war. Die erst nach der Auflassung des Bauplatzes zu errichtenden und errichteten Gebäude sollten und konnten nicht zur Zeit der Auflassung des Grundstücks Bestandteil desselben sein; sie gehörten somit nicht zu den steuerpflichtigen Gegenständen und die Gegenleistung hiefür, die Bausumme von 98000 Mk. war

nicht zum Zweck der Erwerbung des allein steuerpflichtigen Gegenstands, des Bauplatzes, übernommen. Auf diese Gegenleistung kann daher auch nicht Art. 3 Abs. 1 Ziff. 1 des Gesetzes zur Anwendung gebracht werden und der nachträgliche Ansatz einer Umsatzsteuer aus dieser Gegenleistung erscheint nicht begründet. Damit war die Entscheidung des K. Finanzministeriums außer Wirkung zu setzen.

Urt. vom 12. Dezember 1906 in der Rechtsbeschwerdes. des Schlossermeisters J. H. in St.

15.

Einkommensteuerpflicht des Einkommens einer städtischen Armenpflege und Armenfondspflege.

Aus den Gründen:

Es handelt sich um die Frage, ob das Vermögen und demgemäß das Einkommen der Armenpflege und der Armenfondspflege in R. selbständigen, von der Stadtgemeinde Rottweil gesonderten Rechtspersönlichkeiten zusteht, oder ob nur die Verwaltung und teilweise die Verwendung eine getrennte, der Rechtsträger (das Rechtssubjekt) aber eines und dasselbe, die bürgerliche Gemeinde R. ist.

Des näheren ist für die Armenpflege und die Armenfondspflege mindestens je eine selbständige Rechtspersönlichkeit von der Beschwerde in Anspruch genommen, dabei aber bemerkt, daß die Armenfondspflege aus einer großen Anzahl selbständiger Stiftungen bestehe, die wegen Verwandtschaft des Zwecks zusammengefaßt seien, und daß der Armenpflege gleichfalls zwei selbständige Stiftungen zugewiesen seien.

Der württembergischen Gemeindeverwaltung ist seit langer Zeit die Verwaltung von „Stiftungen", Zweckvermögen, angegliedert, die, soweit sie öffentlich-rechtlichen Zwecken gewidmet sind, nunmehr als öffentlich-rechtliche Stiftungen zu bezeichnen sind, deren jetzige gesonderte Verwaltung und Verwendung aber noch nicht ohne weiteres für selbständige Rechtspersönlichkeit beweist (zu vgl. Göz, Verwaltungsrechts-

pflege § 25, Gaupp, Württ. Staatsrecht § 73 D, Fleischhauer, Gemeindeverwaltung Seite 156 Anm. 3). Zumal wo es sich um Verwaltung durch dieselben Behörden handelt, denen auch die Verwaltung des unzweifelhaften Gemeindevermögens obliegt, ist trotz sachlicher Trennung der Verwaltung und Verwendung zu prüfen, welche anderen Umstände die rechtliche Selbständigkeit vom Gemeindevermögen ergeben, das sehr wohl in einzelne Teile für bestimmte Zwecke gegliedert sein kann. Dabei wird besonders der Ursprung und die geschichtliche Entwicklung der fraglichen Zweckvermögen, insbesondere Stiftungen und die geschichtliche Entwicklung des Rechts der Stiftungen und Rechtspersönlichkeiten überhaupt maßgebend sein.

Die Rechtspersönlichkeit auch des öffentlichen Rechts ist im Anschluß an die des Privatrechts zu bezeichnen als solche, die keine natürliche Person ist, aber als Träger (Subjekt) von Rechten und Verbindlichkeiten behandelt wird. Der privatrechtlichen Entstehung durch staatliche Verleihung (§ 22 BGB.) oder Genehmigung (§ 80 BGB.) entspricht für die öffentlich-rechtlichen Rechtspersönlichkeiten die staatliche Begründung oder Anerkennung insbesondere nunmehr durch Gesetz (z. B. für die Kirchengemeinden in Württemberg die Anerkennung durch Art. 70 der Verfassungs-Urkunde, zu vgl. Göz, Verw.-Rechtspflege S. 324; für die Orts- u. s. w Krankenkassen, die Berufsgenossenschaften der Unfallversicherung die Begründung durch die betreffenden Reichsgesetze).

Wo jedoch auf die Entstehung nicht zurückgegangen werden kann, muß, wie in andern öffentlich-rechtlichen Verhältnissen, das Herkommen im Sinn einer dem Nachweise öffentlicher Rechtsverhältnisse dienenden unvordenklichen Verjährung genügen, um die Annahme des Bestehens selbständiger Rechtspersönlichkeiten zu begründen (Göz, Verwaltungsrechtspflege § 8 S. 156—158).

Wenn nun im vorliegenden Fall von der Gegenwart aus zurückgegangen wird, so findet das fragliche Verhältnis zunächst seine gesetzliche Regelung in dem Gesetz vom 21. Mai

1891, betreffend die Verwaltung der Gemeinden, Stiftungen und Amtskörperschaften. Art. 43 ff. dieses Gesetzes übertragen die Verwaltung der Stiftungen für gemeinnützige Zwecke vorbehältlich anderer Bestimmung des Stifters dem Gemeinderat, die Verwaltung der ausschließlich dem Zwecke der öffentlichen Armenunterstützung gewidmeten Stiftungen an Stelle des Gemeinderats der Ortsarmenbehörde. Diese Bestimmungen betreffen also die Verwaltung und gestalten sie in einer, wie bemerkt, nicht ohne weiteres für Selbständigkeit sprechenden Weise. Die Bestimmungen sind an Stelle der gleichfalls über die Verwaltung in soweit ähnlicher Weise bestimmenden Anordnungen des Verwaltungsedikts vom 1. März 1822 getreten, nach Ausscheiden der kirchlichen Stiftungen und des örtlichen Kirchenvermögens auf Grund der Gesetze vom 14. Juni 1887 und nachdem das Gesetz vom 17. April 1873 zur Ausführung des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz in Art. 9, 10, 11 bestimmt hatte, daß jede Gemeinde einen Ortsarmenverband bilde und die Verwaltung der öffentlichen Armenpflege den für die Besorgung der Gemeindeangelegenheiten bestellten Organen mit der Maßgabe der Zuziehung des Ortsgeistlichen zum Gemeinderat zustehe. Durch das Gesetz vom 17. April 1873 ist ein solcher Ortsarmenverband nicht zu einer von der Gemeinde verschiedenen Rechtspersönlichkeit gestaltet worden, wie die angeführten Bestimmungen mit der wenig abweichenden Regelung der Verwaltung bei sonstigem Zusammenfallen ergeben und wie auch im übrigen angenommen wird. (Zu vgl. die Frage der Eintragungen im Grundbuch Boschers Zeitschrift 1905, S. 282, S. 152, Erlaß des K. Justizministeriums vom 16. Februar 1905 daselbst, Wohlers-Krech, Unterst.-Wohns. 9. Aufl. S. 8 Anm. 3 zu § 5.)

Es ist vielmehr anzunehmen, daß auf Grund dieser gesetzlichen Bestimmungen das Vermögen der örtlichen Armenverwaltung und so auch der Armenpflege in R. ein, wenn auch abgesonderter und in gewisser Weise besonders und anders verwalteter, Teil des Vermögens der bürger-

lichen Gemeinde R. ist. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß Stiftungen, welche den Zwecken der Armenpflege dienen und mit deren Vermögen verwaltet werden, nicht diesem Vermögen angehören, sondern selbständige Rechtspersönlichkeit haben können. Dies scheint für die „S.'sche Stiftung" und einen Teil der „M.'schen Stiftung" in der Aeußerung vom 3. Mai 1906 |19 Bez. St. Akten, angeführt sein zu sollen. Allein eine nähere Begründung ist nicht gegeben und nach den Bemerkungen am Schluß der nunmehrigen Beschwerde scheint dies auch nicht mehr geltend gemacht sein zu sollen. Es kommt also für die vorliegende Beschwerde die Annahme einer Selbständigkeit der genannten beiden Stiftungen nicht in Betracht, im übrigen aber ergibt sich aus der Unselbständigkeit des Ortsarmenverbands gegenüber der Gemeinde, daß die Beschwerde insoweit zurückzuweisen ist, als sie sich gegen Hereinziehung des Einkommens der Armenverwaltung, Armenpflege, zur Berechnung des steuerbaren Einkommens der Stadtgemeinde wendet.

Was dagegen die sogenannte Armenfondspflege betrifft, so ist durch die angeführten Gesetze, insbesondere Art. 43 ff. des Gesetzes vom 21. Mai 1891, zwar auch über die Verwaltung dieses Zweck- und Stiftungsvermögens bestimmt, aber ohne Entscheidung über die rechtliche Selbständigkeit. In dieser Beziehung ist zeitlich weiter zurückzugehen. Nach den tatsächlichen Einzelausführungen der Beschwerdeschrift vom 16. August 1906 |1, die nicht beanstandet sind, ist anzunehmen, daß auch die angeführten Verfügungen des Organisationsreskripts vom 20. Mai 1813 und des Dekrets vom 6. Juli 1805 und die damals über die Verwaltung getroffenen Bestimmungen über die rechtliche Selbständigkeit der fraglichen Zweckvermögen gegenüber der Gemeindeverwaltung R. nicht entschieden haben. Es kommt daher auf die vorher bestehende Gestaltung an. In dieser Richtung ergibt sich aus den Einzelangaben der Beschwerdeschrift im Zusammenhalt mit deren ausführlicher Bestätigung durch die amtliche Beschreibung des Oberamts Rottweil (heraus-

gegeben vom K. statist.-topograph. Bureau Stuttgart 1875) S. 288, 289, 290 und 262, daß es sich bei dem Vermögen der Armenfondsverwaltung R. in der Hauptsache um die Vereinigung zweier Zweckvermögen handelt, des Vermögens der „Bruderschaft" und des „Spitals zum hl. Geist", die je in das Mittelalter zurückreichen und eine gegen einander und von der Gemeinde vollkommen selbständige Stellung mit zahlreichen eigenen Rechten des Grundbesitzes und der Grundherrlichkeit hatten, die für den Spital zum hl. Geist u. a. 1411 durch Kaiser Sigismund und 1591 durch Kaiser Rudolf II. bestätigt waren. Auch die Verwaltung war eine selbständige, die durch einen Hofgerichtsassessor, einen Zunftmeister und einen Rechnungsführer versehen wurde. An diese Vermögen hatten sich dann kleinere Stiftungen angeschlossen. Diese Umstände der Entwicklung zeigen ein Herkommen des Inhalts, daß von unvordenklicher Zeit her für die Zwecke der Armenpflege, Krankenpflege und andere Zwecke die genannten Stiftungen als gegenüber der Gemeinde R. selbständige Rechtspersönlichkeiten bestanden haben und nach Vereinigung der zwei genannten mindestens eine solche Rechtspersönlichkeit weiterbesteht, wie die Beschwerde geltend macht, das Vermögen der Armenfondspflege. Insbesondere ist eine spätere Aufhebung der rechtlichen Selbständigkeit und ein Uebergang der jetzt noch fraglichen Rechte auf die Stadtgemeinde etwa anläßlich der Aufhebung der früheren staatlichen Hoheitsrechte nicht zu ersehen. Es erscheint hienach nicht als gerechtfertigt, das Einkommen der Armenfondspflege als Teil des Einkommens der Stadtgemeinde R. zu behandeln.

Soweit die Armenfondsverwaltung ihre Erträgnisse gesetz- und stiftungsgemäß der städtischen Armenverwaltung für deren Zwecke abzugeben hat, ist dieses Einkommen der Stadtgemeinde ein öffentlich-rechtliches und bildet nicht etwa ein aus privatwirtschaftlichen Quellen fließendes Einkommen der Stadtgemeinde, das gemäß Art. 6 des Einkommensteuergesetzes steuerbar wäre, vielmehr ist es gemäß Art. 8 Ziff. 15 des Gesetzes ausgenommen von der Einkommensteuer der

Stadtgemeinde, dagegen ist über die Steuerpflicht der Stiftung gemäß Art. 2 I, 2 hier nicht zu entscheiden.

Hienach ist die Beschwerde insoweit begründet und es war die Entscheidung in gleichem Umfang außer Wirkung zu setzen.

Urt. vom 31. Dezember 1906 in der Rechtsbeschwerdes. der Stadtgemeinde R.

16.

Die Erfordernisse einer ordnungsmäßigen Einweisung in ein Krankenhaus.

Aus den Gründen:

Nach § 7 Abs. 1 KVG., dessen Vorschriften nach § 20 KVG. auch für Ortskrankenkassen gelten, tritt an Stelle der in § 6 KVG. vorgesehenen Krankenunterstützung (freie ärztliche Behandlung, Arznei, Brillen, Bruchbänder und ähnliche Heilmittel, Krankengeld) nach Wahl der Krankenkasse freie Kur und Verpflegung im Krankenhaus. Entzieht sich der Versicherte der mit Grund und ordnungsmäßig angeordneten Krankenhauspflege, so geht er dadurch, wie Lehre und Rechtsprechung übereinstimmend anerkennen, für die Dauer seines ablehnenden Verhaltens jedes Anspruchs auf Krankenunterstützung verlustig. (Schicker, Krankenversicherungsgesetz II. Aufl., § 7 Anm. 2 Abs. 5, S. 84; Hahn, Krankenversicherungsgesetz III. Aufl., § 7 Anm. 1 f, S. 101; Wödtke, Krankenversicherungsgesetz XI. (Text) Aufl., Anm. 1 zu § 7, S. 78.)

Diese Wirkung kann aber nur einer ordnungsmäßig verfügten Einweisung zukommen. Ueber die Art der Erlassung der Einweisungsverfügung ist im Krankenversicherungsgesetze selbst nichts weiter bestimmt. Nach dem Gesetze genügt daher jede unzweideutige Erklärung des zuständigen Kassenorgans gegenüber dem Versicherten. (Hahn, Krankenversicherungsgesetz, III. Aufl., § 7 Anm. 1 g, S. 102; Bad. Verw.-Ger.-Hof in Arb.-Vers. XX, S. 201.)

Die Krankenkasse kann aber in ihren Satzungen besondere Voraussetzungen für die Anordnung der Krankenhauspflege vorschreiben (Hahn a. a. O.).

Dies ist auch in § 14 des vom Bundesrate bekannt gemachten Musterstatuts einer Ortskrankenkasse (Amtsblatt des K. Ministeriums des Innern 1884, S. 161 und 1903 S. 386) dadurch zum Ausdruck gebracht, daß in § 14 Abs. 1 („An die Stelle der im § 13 bezeichneten Unterstützungen tritt auf Verfügung des Vorstands freie Kur und Verpflegung im Krankenhause") hinter das Wort „auf" in Klammer eingefügt sind die Worte: „Antrag des Kassenarztes und", so daß bei Aufnahme der letzteren Worte in die Satzungen als besondere Voraussetzung für die Einweisungsverfügung der Antrag des Kassenarztes auf Einweisung anzusehen ist.

§ 14 Abs. 1 und 2 des Statuts der Beklagten lautet nun wörtlich: „Ein Anspruch auf freie Kur und Verpflegung im Krankenhause steht den Mitgliedern nicht zu. Es kann jedoch an Stelle der in § 13 bezeichneten Unterstützungen auf Antrag des Kassenarztes und mit Zustimmung des Vorsitzenden des Kassenvorstandes nach Maßgabe des § 7 Ziff. 1 und 2 KVG. die Einweisung in ein Krankenhaus verfügt werden."

„Für solche Kassenmitglieder, welche verheiratet sind, oder eine eigene Haushaltung haben oder Mitglieder der Haushaltung ihrer Familie sind, kann die Unterbringung im Krankenhause ohne ihre Zustimmung nur dann angeordnet werden, wenn die Art der Krankheit Anforderungen an die Behandlung oder Verpflegung stellt, welchen in der Familie des Erkrankten nicht genügt werden kann, oder wenn die Krankheit eine ansteckende ist, oder wenn der Erkrankte wiederholt den in § 24 erwähnten Vorschriften zuwidergehandelt hat oder wenn dessen Zustand oder Verhalten eine fortgesetzte Beobachtung erfordert; für alle übrigen Mitglieder ist eine solche Anordnung eine unbedingte."

Der Abs. 2 gibt genau den Wortlaut des § 7 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 KVG. wieder und bestimmt damit die mate-

riellen Voraussetzungen für die Einweisung eines Versicherten in das Krankenhaus ohne seine Einwilligung. Darüber, welches Kassenorgan diese Einweisung zu verfügen hat, und ob und an welche formellen Voraussetzungen dieses hiebei gebunden sein soll, bestimmt der Abs. 2 lediglich nichts. Gegenüber dem die Form seiner Einweisung bemängelnden Vorbringen des Klägers kann sich die Beklagte daher in keiner Weise auf § 14 Abs. 2 des Statuts berufen. Die Form der Einweisung regelt sich vielmehr nur nach Abs. 1 dieses Paragraphen. Die Behauptung der Beklagten, Abs. 1 habe nur diejenigen Fälle im Auge, in denen ein Versicherter Anspruch auf Krankenhauspflege erhebe, also freiwillig in das Krankenhaus sich begeben wolle, nicht auch diejenigen, in denen es sich um zwangsweise Einweisung eines Kranken handle, widerlegt sich ohne weiteres durch den Wortlaut des angeführten Abs. 1 selbst, der ausdrücklich von der Verfügung der Einweisung „nach Maßgabe des § 7 Ziff. 1 und 2 KVG." spricht. § 7 Ziff. 1 und 2 KVG. handeln aber auch von der Einweisung gegen den Willen des Kranken und die Anführung dieser Bestimmungen in Abs. 1 des § 14 kann doch wohl keinen andern Sinn haben, als den, festzusetzen, in welcher Form seitens der Kasse eine Einweisung auf Grund derselben zu verfügen ist.

§ 14 Abs. 1 des Statuts gibt demnach die Vorschrift für das Verfahren nicht nur in den Fällen, in denen der Kranke mit seiner Einweisung einverstanden ist, sondern auch in denen, wo er, wie im vorliegenden, mit derselben nicht einverstanden ist und er gilt, wie aus der Bezugnahme auf § 7 Ziff. 2 KVG. ohne weiteres erhellt, nicht nur für das Verfahren gegen solche Mitglieder, die verheiratet sind oder einen eigenen Haushalt haben, oder Mitglieder der Haushaltung ihrer Familie sind und für die § 7 Abs. 1 Ziff. 1 KVG. die Möglichkeit der Einweisung von gewissen Voraussetzungen abhängig macht, sondern für alle Kassenangehörigen, also auch für diejenigen, für die die Anordnung der Krankenhauspflege nach § 7 Abs. 1 Ziff. 2 KVG. und § 14

Abs. 2 letzt. Satz des Statuts eine materiell unbedingte ist.

Nun weicht die Fassung der Satzungen der Beklagten von dem Musterstatut insofern ab, als es in ersteren nicht heißt: „an Stelle u. s. w. tritt auf Antrag des Kassenarztes und Verfügung des Vorstands freie Kur u. s. w." sondern: „es kann an Stelle der u. s. w. auf Antrag des Kassenarztes und mit Zustimmung des Vorsitzenden des Kassenvorstandes u. s. w. verfügt werden". Bei dieser Fassung ist dem Statut nicht ohne weiteres zu entnehmen, welches Kassenorgan „auf Antrag des Kassenarztes und unter Zustimmung des Vorsitzenden" die Einweisung verfügt. Es ist darüber weder in § 14 noch in § 36 ff. der Satzungen, wo die Aufgaben der verschiedenen Kassenorgane, als: Vorstand, Generalversammlung, örtliche Verwaltungsstellen, Hauptkassier, im einzelnen geregelt werden, ausdrücklich etwas aufgenommen. Nahe liegt es aber, auch diese Fassung dahin auszulegen, daß der Vorsitzende des Vorstands die Einweisung auf Antrag des Kassenarztes anordnen kann. Dies entspricht auch der Auffassung der Beklagten selbst, wie die strittige Verfügung vom 25. April 1905 und der für sie verwendete Vordruck ausweisen. Denn nach letzteren ist die Erlassung einer solchen Verfügung nur durch den Vorsitzenden des Kassenvorstands vorgesehen, nicht aber auch durch ein anderes Organ der Kasse.

Nach dem Wortlaut des § 14 Abs. 1 der Satzungen kann der Vorsitzende diese Befugnis zur Einweisung aber nur dann ausüben, wenn ihm ein Antrag des Kassenarztes auf Einweisung vorliegt. Denn der Zweck der Einschaltung der Worte „auf Antrag des Kassenarztes" kann kein anderer sein, als daß die die Einweisung in das Krankenhaus anordnende Verfügung des Vorsitzenden des Vorstands mit rechtlicher Wirkung für den erkrankten Versicherten nicht soll ergehen können, wenn nicht ein Antrag hierauf von dem Kassenarzte gestellt ist. Mit der Aufnahme dieser Bestimmung in die Satzungen der Beklagten ist dem Versicherten ein Recht darauf eingeräumt, daß seine Einsprechung in das Krankenhaus nicht ohne vorgängige Prü-

fung der Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit derselben seitens des behandelnden Kassenarztes verfügt wird. Lag dem Vorsitzenden bei der Erlassung der Einweisungsverfügung ein solcher Antrag nicht vor, so ermangelt die Verfügung der Rechtsgültigkeit und es hat die Weigerung des Versicherten, die Verfügung zu befolgen, wie der K. Verwaltungsgerichtshof schon des öfteren ausgesprochen hat, den Verlust der in § 13 der Satzungen bezeichneten Unterstützungen nicht zur Folge.

Vgl. Urteil vom 27. Juni 1900 i. S. R. gegen die Ortskrankenkasse L. in St.; Urteil vom 16./23. Oktober 1901 i. S. L. gegen die Ortskrankenkasse der Handlungsgehilfen in St., Württ. Jahrb. XVI S. 98; Urteil vom 18. Juni 1902 i. S. S. gegen die Ortskrankenkasse der Baugewerbe in St.

Urt. vom 12./19. Dezember 1906 in der Beruf.-S. des Gg. Sch. von O. gegen die gemeins. Ortskrankenkasse U.

17.

Die Einkommensteuerpflicht eines Delkrederekontos und eines Unterstützungsfondsbeitrags einer Aktiengesellschaft.

Aus den Gründen:

Der Rechtsbeschwerde kann eine Folge nicht gegeben werden:

1. Beanstandet wird von der Beschwerdeführerin die Besteuerung eines Betrags von 10 757 Mk., der aus dem bilanzmäßigen Reingewinn des Geschäftsjahrs 1904 zur Erhöhung des Delkrederekonto verwendet wurde: Diese Erhöhung sei nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs geboten gewesen; der ganze Delkrederekonto beziehe sich ausschließlich auf bestimmte zweifelhafte Geschäftsausstände im ungefähren Betrag von 35 000 Mk. Die angefochtene Entscheidung geht dagegen davon aus, daß vor der Feststellung des Bilanz-Reingewinns eine den Verhältnissen entsprechende Be-

wertung der geschäftlichen Ausstände stattgefunden habe und daß daher der zur Vermehrung des Delkrederekonto verwendete Teil des bilanzmäßigen Reingewinns nur als eine steuerpflichtige Reservebildung aufgefaßt werden könne. Der K. Verwaltungsgerichtshof billigt den Standpunkt der angefochtenen Entscheidung, verweist zu seiner Rechtfertigung auf die in der angefochtenen Entscheidung dargelegten Gründe und bemerkt dazu noch folgendes: Bei der Besteuerung des Einkommens der unter den Art. 16 des Einkommensteuergesetzes fallenden Erwerbsgesellschaften bildet die ordnungsmäßig aufgestellte Bilanz nicht nur einen Anhaltspunkt, sondern — vorbehältlich einzelner besonderer gesetzlicher Vorschriften — geradezu die maßgebende Grundlage; die vorliegende auf den 31. Dezember 1904 abgeschlossene Bilanz berechnet bei einem Debitorenkonto von 1 406 747 Mk. 55 Pfg. und einem Delkrederekonto von 25 829 Mk. 77 Pfg. einen Reingewinn von 343 759 Mk. 85 Pfg., und in dem Bericht des Vorstands über das Geschäftsjahr 1904 ist auf Grund dieser Posten bemerkt, daß die Debitoren genau und sorgfältig geprüft wurden und als sicher bezeichnet werden können, ohne daß zur richtigen Bewertung der Ausstände die Erhöhung des Delkrederekonto um 15 000 Mk. für notwendig erklärt wird. Wäre diese Notwendigkeit vorgelegen, so hätten diese 15 000 Mk. an den Aktiven der Bilanz abgeschrieben oder in die Passiven der Bilanz eingestellt werden müssen und hätten so den Reingewinn entsprechend verkürzt.

Wenn aber die Organe der Aktiengesellschaft unter der ausdrücklichen Versicherung einer richtigen Bewertung der Aktiva die fraglichen 15 000 Mk. als einen Teil des Bilanzgewinns erscheinen lassen und hierauf zu einer Erhöhung des Delkrederekonto verwenden, so müssen sie sich auch die Folge gefallen lassen, daß dieser Posten als eine steuerpflichtige Reserve zur Deckung künftig etwa eintretender Verluste bei Einziehung der Geschäftsausstände behandelt wird.

2. Auch der Betrag von 9 275 Mk., der aus dem Reingewinn des Geschäftsjahres 1904 zur Vermehrung des Unter-

stützungsfonds ausgeschieden wurde, ist in der angefochtenen Entscheidung mit Recht zur Einkommensteuer herangezogen worden. Dieser Unterstützungsfonds steht unbestrittenermaßen im Vermögen der Aktiengesellschaft; der fragliche Betrag ist also nicht im Wege der Schenkung aus dem Vermögen der Beschwerdeführerin heraus in das Vermögen einer anderen Person gekommen. Und wenn sich auch die Beschwerdeführerin infolge der Ueberweisung des Betrags an den Unterstützungsfonds für moralisch gebunden erachtet, diese Summe nur für die in Aussicht genommenen Unterstützungszwecke zu verwenden, so liegt doch in dieser Richtung — was das Entscheidende ist — eine rechtlich bindende Verpflichtung nicht vor. Auch den Angestellten der Beschwerdeführerin stehen keine festen Unterstützungsansprüche gegen die Aktiengesellschaft zu, als deren zur Sicherung und Ausgleichung dienender Gegenwert der ausgeschiedene Betrag angesehen werden könnte. Mit der in Frage stehenden Ueberweisung wäre der Betrag auch nicht dem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger entzogen.

Urt. vom 6. Februar 1907 in der Rechtsbeschwerdes. der Aktiengesellschaft für Feinmechanik ꝛc. in T.

18.

Die Einkommensteuerpflicht der von kirchlichen Behörden verwalteten Almosenstiftungen und der Erträge des ortskirchlichen Vermögens.

Aus den Gründen:

Der Rechtsbeschwerde kann unter den vorliegenden Verhältnissen eine Folge nicht gegeben werden.

1. Die Beschwerdeführerin beansprucht auf Grund des Art 8 Ziff. 13 des Einkommensteuergesetzes und des Art. 6 Ziff. 12 des Kapitalsteuergesetzes Steuerbefreiung für den Betrag von 176 Mk. 41 Pfg., der als Ertrag von Jahrtagsstiftungskapitalien nach den Stiftungsbestimmungen zur Reichung von Almosen zu verwenden ist. Zutreffend ist jedoch in der

angefochtenen Entscheidung ausgeführt, daß von den „auf der Privatwohltätigkeit beruhenden Stiftungen" nach der Entstehungsgeschichte der maßgebenden gesetzlichen Vorschriften nicht nur solche Stiftungen ausgeschlossen sind, die von den bürgerlichen Gemeinden verwaltet und nach ihrem Ermessen zu Zwecken der bürgerlichen Armenpflege mit ihren Erträgen verwendet werden, sondern gleichermaßen auch Stiftungen, die wie die vorliegenden Jahrtagsstiftungen in der Verwaltung einer kirchlichen Behörde stehen und mit einem Teile ihrer Zinsen der kirchlichen Armenpflege dienen. Hiernach findet die von der Beschwerdeführerin beanspruchte Steuerbefreiung in dem Gesetze keine Begründung.

2. Auch für das Vermögen der Kirchenpflege im allgemeinen beansprucht die Beschwerdeführerin Steuerbefreiung auf Grund des Art. 8 Ziff. 9 des Einkommensteuergesetzes und des Art. 6 Ziff. 8 des Kapitalsteuergesetzes. Die im katholischen Kirchenrecht bestrittene Frage, wer als Subjekt des kirchlichen Eigentums anzusehen sei, ob die einzelne kirchliche Anstalt oder die Gesamtkirche oder die Pfarrgemeinde, bedarf bei der vorliegenden Besteuerungsfrage keiner Entscheidung. Nachdem das bischöfliche Ordinariat am 16. Dezember 1892 in einem Erlaß an die ihm unterstellten Dekanatämter und Kirchenstiftungsräte verfügt hat, daß als Trägerin und Besitzerin des gesamten in Verwaltung des Kirchenstiftungsrats stehenden Ortskirchenvermögens und der kirchlichen Stiftungen, soweit nicht der Stifter rechtsgültig etwa anderweite Bestimmung getroffen hat, die betreffende Kirchenpflege gilt, und nachdem auf Grund dieses Erlasses die württembergischen Gerichte die Eintragung von Grundstücken auf den Namen der kath. Kirchenpflege zulassen (vgl. Boscher's Zeitschrift, Jahrg. 1906, S. 204—209), nimmt der K. Verwaltungsgerichtshof keinen Anstand, auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Befugnis der zuständigen katholischen Kirchenstiftungsräte anzuerkennen, im Namen der katholischen Kirchenpflege Rechtsbeschwerden wegen unbegründeter Besteuerung des ortskirchlichen Vermögens ein-

zureichen, obwohl der Ausdruck „Kirchenpflege“ insofern nicht zutreffend erscheint, als er mehr auf die Stelle hinweist, welche die Verwaltung führt als auf die juristische Person, für welche die Verwaltung geführt wird.

Das Vermögen, für dessen Erträge Steuerfreiheit beansprucht wird, hat unzweifelhaft den Charakter eines ortskirchlichen Vermögens im Sinne des Gesetzes vom 14. Juni 1887, betreffend die Vertretung der katholischen Pfarrgemeinden und die Verwaltung ihrer Vermögensangelegenheiten. Es steht in der Verwaltung des Kirchenstiftungsrats der Dom- und Stadtpfarrei St. Martin in Rottenburg (vgl. Landauer, Pfarrgemeindegesetz Seite 14/15), dient den kirchlichen Bedürfnissen der Angehörigen dieser Pfarrgemeinde und wird zur Befriedigung dieser Bedürfnisse auf Grund der Beschlüsse des Kirchenstiftungsrats verwendet (vgl. Art. 20, Art. 21 Ziff. 4, Art. 24 des genannten Gesetzes). Den Erträgen des Ortskirchenvermögens ist weder im Einkommensteuergesetz noch im Kapitalsteuergesetz Steuerfreiheit zugestanden. Das Ortskirchenvermögen fällt nicht unter den Begriff der Dotation einer örtlichen Kirchenstelle im Sinne des Art. 8 Ziff. 8 des Einkommensteuergesetzes und des Art. 6 Ziff. 7 des Kapitalsteuergesetzes; mit Grund wird in dem Erlaß des Steuerkollegiums vom 30. November 1905, betreffend die Steuerbefreiung der Dotationen der örtlichen Kirchenstellen der evangelischen Kirche (Amtsblatt Seite 150) darauf hingewiesen, daß die angeführten gesetzlichen Bestimmungen auf das Einkommen aus dem Vermögen der Kirchengemeinden keine Anwendung finden. Auch die in Art. 8 Ziff. 9 des Einkommensteuergesetzes und in Art. 6. Ziff. 8 des Kapitalsteuergesetzes vorgesehene Steuerbefreiung trifft für das Ortskirchenvermögen nicht zu; diese Steuerbefreiung bezieht sich nur auf Einzelstiftungen mit bestimmten Zwecken, dagegen nicht auf das Ortskirchenvermögen im allgemeinen, dessen Erträgnisse für die kirchlichen Bedürfnisse der Pfarrgemeinde nach der freien Entschließung des Kirchenstiftungsrats verwendet werden; auch das Pfarrgemeindegesetz

vom 14. Juni 1887 unterscheidet in Art. 20—24 scharf zwischen den kirchlichen Einzelstiftungen und dem allgemeinen Ortskirchenvermögen. Dieser Unterschied kann auch durch den Nachweis nicht beseitigt werden, daß im einzelnen Fall das allgemeine Ortskirchenvermögen seinen Ursprung ganz oder teilweise einzelnen Stiftungen und Stiftungsgeschäften verdankt. Von den Einzelstiftungen für gottesdienstliche Zwecke unterscheidet sich das allgemeine Ortskirchenvermögen auch dadurch, daß die Erträge nicht ausschließlich zu gottesdienstlichen Zwecken verwendet werden müssen, sondern auch anderen zum Geschäftskreis der Kirchenstiftungsräte gehörigen Aufgaben, wie der Ausübung der kirchlichen Armenpflege, dienen können.

Urt. vom 30. Januar 1907 in der Rechtsbeschwerdes. der kath. Kirchenpflege zu St. M. in R.

19.

Sind hausangehörige im väterlichen Gewerbe beschäftigte Söhne krankenversicherungspflichtig?

Die Gründe besagen:

I. Der Beklagte betreibt das Metzgereigewerbe in G. Sein im Jahre 1882 geborener Sohn A., ein gelernter Metzger, war bis zum Antritt seines Militärdienstes im Herbst 1902 teils bei dem Vater, teils auswärts beschäftigt und kehrte nach Ablauf der Militärdienstzeit im Herbst 1904 in das väterliche Haus zurück, wo er sich seitdem aufhält. Im September 1905 wurde er von der Klägerin als krankenversicherungspflichtig in Anspruch genommen, von der Aufsichtsbehörde aber am 20. Dezember 1905 als nicht versicherungspflichtig bezeichnet. Die von der Klägerin angerufene Regierung für den Donaukreis sprach dagegen mit Urteil vom 20. September 1906 seine Versicherungspflicht aus und erklärte den Beklagten kostenfällig für schuldig, an Krankenversicherungsbeiträgen für die Zeit vom 1. Oktober 1904 bis 16. Dezember 1905 der Klägerin den Betrag von 21 Mk.

21 Pfg. zu entrichten. Gegen das ihm am 15. Oktober zugestellte Urteil hat der Beklagte am 5. November bei dem K. Verwaltungsgerichtshof rechtzeitig und formrichtig die Berufung eingelegt.

II. Die erhobene Berufung war als begründet anzuerkennen.

1. Auf Grund § 1 KVG. sind gegen Krankheit versichert Personen, die gegen Lohn in einem der dort genannten Betriebe beschäftigt sind. Grundlegend für die Versicherung ist demnach einmal die Beschäftigung in einem solchen Betrieb, sodann, daß diese Beschäftigung gegen Lohn stattfindet.

2. Die von dem Beklagten betriebene Metzgerei ist zweifellos ein unter die Versicherungspflicht des § 1 KVG. fallendes Handwerk. Ebensowenig kann daran ein Zweifel bestehen, daß der Sohn des Beklagten in diesem Handwerk beschäftigt ist. Denn nach den übereinstimmenden Angaben des Vaters und des Sohnes ist letzterer seit Oktober 1904 in dem väterlichen Geschäft in der Art tätig, daß der Vater von ihm dieselben Dienste erwartet, wie von einem anderen Metzgergehilfen und daß solche von dem Sohn auch fortgesetzt geleistet werden.

3. Strittig ist unter den Parteien, ob diese Dienstleistungen im Sinne des § 1 KVG. als gegen Lohn stattfindend anzusehen sind. Der Beklagte bestreitet zwar nicht, daß sein Sohn von ihm freie Kost, Wohnung, Kleidung und Wäsche und nach Bedarf Barbeträge in Geld in wechselnder Höhe und zu wechselnden Zeiten erhält. Er macht aber geltend, sein Sohn erhalte dies nicht als Lohn für seine Arbeitsleistungen, sondern als freien Unterhalt auf Grund der bestehenden Familienbeziehung. Es sei zwischen ihm und seinem Sohn weder ausdrücklich, noch stillschweigend ein Arbeitsverhältnis begründet worden, nach dem er einen vertragsmäßigen Anspruch auf die Arbeitsleistungen seines Sohnes, dieser einen solchen auf Lohn hätte. Sein Sohn genieße vielmehr als ein dem elterlichen Hausstand angehöriges Kind seinen

Unterhalt in der Familie und leiste dafür entsprechende Dienste.

Träfe dies zu, so könnte allerdings von versicherungspflichtiger Lohnarbeit bei dem Sohn des Beklagten keine Rede sein. Denn wie durch § 1 Abs. 1 im Zusammenhalt mit § 2 Abs. 1 Ziff. 3 KVG. außer Zweifel gestellt ist, liegt versicherungspflichtige Lohnarbeit dann nicht vor, wenn die Beschäftigung von Familienangehörigen nicht auf Grund eines Arbeitsvertrags, sondern als Ausfluß des Familienrechts stattfindet, wenn also für die Leistung des Vaters einerseits, die Verpflichtung des Sohnes zur Arbeit andererseits nicht die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts über den Dienstvertrag (§ 611 ff.), sondern diejenigen über das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kind, im vorliegenden Fall § 1617 BGB. maßgebend sind.

Dies hat auch der Unterrichter anerkannt. Auch er geht sodann davon aus, daß der ausdrückliche Abschluß eines Arbeitsvertrags zwischen dem Beklagten und seinem Sohne sich nicht erweisen lasse. Nach seiner Anschauung sprechen aber überwiegende Gründe dafür, daß eine stillschweigende Vereinbarung der Beteiligten im Sinne des § 611 BGB. anzunehmen ist und daß demnach entgegen dem Vorbringen des Beklagten dessen Leistungen an seinen Sohn nicht als Unterhaltsgewährung, sondern als Lohnreichung auf Grund Arbeitsvertrags anzusehen wäre. Dieser Anschauung vermag sich der Kgl. Verwaltungsgerichtshof nicht anzuschließen.

Es ist zwar zuzugeben, daß ein Arbeitsvertrag im Sinne von § 2 Abs. 1 Ziff. 3 KVG. auch ohne ausdrücklichen Vertragsabschluß zufolge stillschweigender Vereinbarung bestehen kann. Um das Bestehen einer derartigen Vereinbarung zu erweisen, müssen aber Tatsachen vorliegen, die die Vereinbarung einwandfrei zur äußeren Erscheinung bringen. Solche Tatsachen lassen sich im vorliegenden Falle aber nicht erkennen, vielmehr sind die zur Beurteilung stehenden Tatsachen mehr geeignet, eine familienrechtliche Grundlage des zwischen den Beteiligten bestehenden Verhältnisses zu erhärten, als

17*

eine vertragsmäßige. Denn alle erheblichen Tatsachen stehen im Einklang mit dem Inhalt des § 1617 BGB.

Zunächst ist außer Zweifel, daß der Sohn dem elterlichen Hausstand angehört. Denn hausangehörig ist dasjenige Kind, das durch dauernde Benutzung der elterlichen Wohnung und des elterlichen Hausrats ein Glied des elterlichen Hauswesens bildet. Opet, Das Verwandtschaftsrecht des BGB., § 12, S. 127 ff. Ohne Einfluß auf die Hausangehörigkeit ist das Lebensalter des Kindes und dessen Ausbildung für selbständige Ausübung eines Gewerbes. Opet, a. a. O. Dem Hause des Meisters gehört nun zwar meist auch der Geselle an. Doch steht einem solchen die Benutzung der Wohnung und des Hausrats des Meisters doch nur in beschränkter Weise zu. Eine solche Beschränkung ist für den Sohn des Beklagten nach keiner Richtung hin erwiesen. Das Gegenteil läßt sich vielmehr entnehmen aus dem Hinweis des Sohnes bei Gelegenheit seiner Zeugenvernehmung auf die Annehmlichkeiten, die der Aufenthalt im Elternhaus mit sich bringe.

Weiter ist außer Zweifel, daß der Sohn des Beklagten, seitdem er wieder im Elternhause ist, von den Eltern den ganzen Unterhalt erhält. In der Art und Weise, wie dieser Unterhalt gewährt wird, liegt lediglich nichts, das dazu führen könnte, der väterlichen Leistung statt der behaupteten Unterhaltseigenschaft die Lohneigenschaft zuzusprechen. Von der Klägerin ist in dieser Hinsicht auch nur geltend gemacht worden, der gewährte Unterhalt entspreche in seiner Höhe etwa dem eines gleichalterigen Metzgergesellen. Dies genügt jedoch nicht zu der Annahme einer Lohnvereinbarung, es findet vielmehr seine natürliche Erklärung in der Lebenshaltung der Beteiligten. Entschieden für die Unterhaltseigenschaft spricht, daß die Barzuschüsse nach Zeit und Höhe rein der väterlichen Willkür überlassen sind und daß sie, wie die übrigen Leistungen der Eltern ihren Maßstab lediglich in den persönlichen Bedürfnissen des Sohnes finden.

Wenn der Unterrichter trotzdem zu der Annahme eines

Lohnverhältnisses gelangte, so war für ihn ausschlaggebend die Tatsache und die Art der Beschäftigung des Sohnes im väterlichen Geschäftsbetrieb. Allein weder vom bürgerlichen Rechte, noch vom Krankenversicherungsgesetz aus läßt sich ausschließlich aus dieser Tatsache die Annahme eines Arbeitsverhältnisses rechtfertigen.

Die Erwartung entsprechender Arbeitsleistung bei der Aufnahme des Sohnes in das Elternhaus ändert an der familienrechtlichen Grundlage dieser Aufnahme nichts. Denn nach § 1617 BGB. ist die gesetzliche Folge der Aufnahme in das elterliche Haus und den Unterhalt der Eltern die Verpflichtung des Kindes, in einer seinen Kräften und seiner Lebensstellung entsprechenden Weise den Eltern in ihrem Hauswesen und Geschäfte Dienste zu leisten. Wenn der Sohn des Beklagten diesem seine Arbeitskraft und seine gewerblichen Fähigkeiten zur Verfügung stellt, so tritt ihr Verhältnis damit nicht aus dem Rahmen des § 1617 BGB. heraus.

Diese Dienste sind von dem Sohne unentgeltlich zu leisten. Ihre Leistung begründet den Schluß auf eine stillschweigende Vereinbarung von Lohn nicht. Opet, a. a. O.; Dernburg, IV. Bd., S. 235; Reichsgerichtsentscheidungen IV, S. 122; Kuhlenbeck, 2. Aufl., 2. Bd., S. 596; Planck, 3. Aufl., IV. Bd., Anm. 1 b; Entsch. des sächs. Oberverwaltungsgerichts in Reger, Bd. 27, S. 70.

Unerheblich ist hiebei, ob das Kind sich selbst den Unterhalt zu verschaffen imstande ist oder nicht. Planck, a. a. O.

Es kann demnach aus dem, was der Unterrichter als ausschlaggebend angesehen hat, daß der Sohn sich nicht bloß gelegentlich und vorübergehend, sondern in der Stellung eines im Geschäft erforderlichen Metzgerburschen im väterlichen Betrieb beschäftigt hat und beschäftigt und daß der Vater die Arbeitskraft des Sohnes dauernd in dieser Art ausnützt, noch nicht der Schluß auf ein Lohnverhältnis gezogen werden und gänzlich verfehlt ist es, wenn der Unter-

richter für seine Anschauung besonderes Gewicht darauf legt, daß der Beklagte seinen Sohn in den Lohnnachweisungen für die Fleischereiberufsgenossenschaft als seinen mit einem Tagesverdienst im Wert von 3 Mk. angestellten „Gesellen" aufgeführt habe. Denn bei der Unfallversicherung gelten für die Versicherungspflicht der Familienangehörigen andere Grundsätze als für die Krankenversicherung, Handbuch der Unfallversicherung 1901, S. 12 und 512.

Da der Sohn nach diesen gegen Unfall versichert ist, so mußte der Vater eine Lohnnachweisung einreichen und daß er in dieser einen den tatsächlichen Bezügen seines Sohnes etwa entsprechenden „Lohn" berechnete, ist für Beurteilung des Verhältnisses zwischen den Beiden unerheblich, ebenso, daß er ihn in der Spalte für Gesellen eintrug, wobei übrigens zu bemerken ist, daß er ihn daneben ausdrücklich als seinen Sohn bezeichnete.

Auch die Bestimmung des § 2 Abs. 1 Ziff. 3 KVG. steht der Annahme eines Familienverhältnisses im vorliegenden Fall in keiner Weise entgegen. Denn nach ihrem Wortlaut und Sinn ist im Einzelfalle ausdrücklich zu unterscheiden, ob der Familienangehörige eines Betriebsunternehmers von diesem auf Grund eines Arbeitsvertrags oder auf Grund des Familienverhältnisses beschäftigt ist und weder der Wortlaut des Gesetzes, noch die Motive, Schicker, KVG., II. Aufl. S. 34, lassen einen Schluß darauf zu, daß die Tatsache der Beschäftigung oder deren Art ohne weiteres einen Grund für die Annahme eines Arbeitsvertrags sollen abgeben können.

Gegen die Auffassung des Unterrichters spricht auch, daß die Volkssitte in Württemberg vielfach und namentlich auch bei Handwerkern das Verbleiben der erwachsenen Kinder im Hause und Mitarbeiten im gemeinsamen Haushalt unter der häuslichen Herrschaft des Familienhaupts gegen freien Unterhalt und ein Taschengeld mit sich bringt, ohne daß dies Verhältnis als ein vertragsmäßiges gelten kann. Schicker a. a. O., S. 19. Dem Sohn des Beklagten aber stand nach seiner glaubwürdigen Angabe für seine Rückkehr

ins Vaterhaus noch der besondere Grund zur Seite, daß er in Göppingen einen Meisterkurs mitmachen wollte, um sich im April 1905 der Meisterprüfung unterziehen zu können und daß er anderswo als zu Hause sich auf diese Prüfung nicht so leicht und so gut hätte vorbereiten können.

Endlich ist noch zu betonen, daß auch die das Krankenversicherungsgesetz beherrschenden sozialen Erwägungen in Fällen, wie den vorliegenden, die Heranziehung der Beteiligten zur Krankenversicherung nicht dringlich erscheinen lassen, da bei den vorliegenden Verhältnissen im Krankheitsfall genügende Fürsorge in der Familie zu erwarten ist.

Ist hiernach die Beschäftigung des Sohnes des Beklagten bei diesem nicht als solche anzusehen, die gegen Lohn stattfindet, so konnte durch sie eine Versicherungspflicht nach § 1 Abs. 1 KVG. nicht begründet werden und es war die erhobene Klage als unbegründet zurückzuweisen, wie geschehen.

Urt. v. 6./13. Febr. 1907 in der Beruf.-Sache des Metzgermeisters A. Br. in G. gegen die Ortskrankenkasse G.

20.

Voraussetzungen für den Ansatz einer Wandergewerbesteuer.

Aus den Gründen:

Nach der Vorschrift des § 59 Abs. 1 Ziff. 4 der Gewerbeordnung bedarf eines Wandergewerbescheins nicht, „wer bei öffentlichen Festen, Truppenzusammenziehungen oder anderen außergewöhnlichen Gelegenheiten mit Erlaubnis der Ortspolizeibehörde die von derselben zu bestimmenden Waren feilbietet“. In genauem Anschluß an diese Vorschrift schließt der Art. 3 Ziff. 4 des Wandergewerbesteuergesetzes vom 15. Dezember 1899 im Falle des § 59 Abs. 1 Ziff. 4 der Gewerbeordnung die Wandergewerbesteuerpflicht aus. Das Programm des „Sommerschießens und Sommerfestes der Stuttgarter Schützengilde“ vom 4.—7. August 1906 enthält

mehrere Konzerte, Schießen mit Preisverteilung, den Betrieb von Schaubuden, die Auffahrt eines Luftschiffers, eine italienische Nacht, Feuerwerk und bengalische Beleuchtung des Waldes; der Zutritt ist dem Publikum gegen mäßige Eintrittspreise ohne eine Beschränkung auf einen bestimmten Kreis von Personen gestattet; die der Schützengilde zur Verfügung stehenden Räumlichkeiten ermöglichen einen sehr zahlreichen Besuch, wie ein solcher auch erfahrungsgemäß zumal bei günstiger Witterung stattfindet. Hiernach ist in Uebereinstimmung mit der Entscheidung des K. Steuerkollegiums vom 29. März 1906 und in Abweichung von der angefochtenen Entscheidung dem Sommerfest der Charakter einer „außergewöhnlichen Gelegenheit" im Sinne der angeführten gesetzlichen Bestimmungen beizulegen. Es ergibt sich dann gemäß Art. 3 Ziff. 4 des bezeichneten Steuergesetzes für den Beschwerdeführer Freiheit von der angesetzten Wandergewerbesteuer insoweit, als er bei der fraglichen Gelegenheit mit Erlaubnis der Ortspolizeibehörde die von derselben bestimmten Waren feilgeboten hat. Weiter erstreckt sich die Steuerfreiheit so wenig als die gewerbepolizeiliche Befreiung von dem Erfordernis des Wandergewerbescheins (vgl. Schicker, Gewerbeordnung 4. Aufl. Bd. 1 S. 317/18; Landmann, Gewerbeordnung 5. Aufl. Bd. 1 S. 546). Der Beschwerdeführer hat die Erlaubnis von der Ortspolizeibehörde gehabt, geistige Getränke auszuschänken; dieser Teil seines Wirtschaftsbetriebs in der Zeit vom 4.—7. August 1906 ist nach dem Ausgeführten von der Wandergewerbesteuer freizulassen; da die Steuerbehörden auch diesen Teil des Wirtschaftsbetriebs für die Bemessung des Steuerbetrags hereingezogen haben, war insoweit die angefochtene Entscheidung außer Wirkung zu setzen. Soweit dagegen der Beschwerdeführer zugleich mit dem Ausschank der geistigen Getränke Speisen gewerbsmäßig verkauft hat, entbehrt sein Betrieb der ortspolizeilichen Erlaubnis; insoweit kann daher die Ausnahmevorschrift des Art. 3 Ziff. 4 des Steuergesetzes nicht zur Anwendung kommen; dieser Teil des Wandergewerbebetriebs unterliegt daher der

Wandergewerbesteuer in Gemäßheit der Vorschriften des Gesetzes vom 15. Dezember 1899. Nach Art. 21 Abs. 1 dieses Gesetzes steht dem Finanzministerium die endgültige Entscheidung über die Höhe des Steueransatzes zu; es muß daher dem Finanzministerium überlassen werden, wegen der ordnungsmäßigen Heranziehung des als steuerpflichtig anerkannten Teils des fraglichen Wirtschaftsbetriebs des Beschwerdeführers zur Wandergewerbesteuer das Geeignete anzuordnen.

Urt. vom 13. Februar 1907 in der Rechtsbeschwerdes. des M. A. von N.

21.

Die Endgültigkeit der Entscheidungen des Finanzministeriums im Bereiche der Gewerbesteuer.

Aus den Gründen:

Die angefochtene Entscheidung bezweckt lediglich die Heranziehung des württembergischen Gewerbebetriebs zur Gewerbesteuer und bemüht sich, das dem württembergischen Gewerbebetrieb der Beschwerdeführerin gesetzlich entsprechende Steuerkapital festzustellen; dabei sind insbesondere die Zahl der in Württemberg beschäftigten Gewerbegehilfen und die Größe des im württembergischen Geschäft angelegten Betriebskapitals, welche Tatsachen nach Art. 91 des Steuergesetzes vom 28. April 1873/8. August 1903 die wesentlichsten Merkmale für die Einschätzung eines Gewerbes bilden, berücksichtigt.

Hiernach ist es nicht zutreffend, wenn in der Rechtsbeschwerde der angefochtenen Entscheidung zum Vorwurf gemacht wird, sie greife über die Grenzen des dem württembergischen Staate zukommenden Besteuerungsrechts hinaus. Auch kann der von der angefochtenen Entscheidung bei der Feststellung des steuerbaren Ertrags verwendete Maßstab mit Grund nicht beanstandet werden. Im übrigen ist dem Finanzministerium durch Art. 99 Abs. 3 des angeführten

Steuergesetzes die Befugnis eingeräumt, über Beschwerden, die sich auf den Steueranschlag oder das Steuerkapital eines Gewerbeunternehmers d. h. auf das Ergebnis der Gewerbesteuer-Einschätzung für den einzelnen Steuerpflichtigen beziehen, endgültig zu entscheiden; gegen derartige Entscheidungen des Finanzministeriums ist gemäß Art. 15 Ziffer 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 die Rechtsbeschwerde ausgeschlossen. Die Gewerbesteuerpflicht ist zwar nach ihren objektiven und subjektiven Erfordernissen der Kontrolle des Verwaltungsgerichtshofs unterstellt, dagegen ist die Anwendung des Maßstabs für die Steuerauflage dem pflichtmäßigen Ermessen der Steuerbehörden überlassen (vgl. Göz, württemb. Verwaltungsrechtspflege Seite 489/90). Im vorliegenden Falle fühlt sich die Beschwerdeführerin dadurch beschwert, daß die Steuerbehörden den gesetzlichen Maßstab bei der Gewerbesteuer-Einschätzung nicht richtig angewendet haben; diese Frage entzieht sich der Nachprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof.

Hiernach war die Rechtsbeschwerde als unzulässig abzuweisen unter Ansetzung einer von der Beschwerdeführerin zu entrichtenden Sportel.

Urt. vom 13. Februar 1907 in der Rechtsbeschwerdes. der Verein. Filzfabriken, AG. in G.

22.

Die Besteurung von Stiftungsvermögen, das bei der Ausscheidung des Ortskirchenvermögens an die bürgerliche oder kirchliche Gemeinde übergegangen ist.

In den Gründen wird ausgeführt:

Der Beschwerde muß der Erfolg versagt bleiben.

1. Was die Studienpflege betrifft, so geht die angefochtene Entscheidung mit Grund davon aus, daß diese Pflege jedenfalls infolge der Vereinbarung vom 20. Juli 1894 über die Ausscheidung des katholischen Ortskirchenvermögens in R. die selbständige Rechtspersönlichkeit verloren hat. Nach

dem Auszug aus dem Stiftungsratsprotokoll vom 20. Juli 1894 ist bei der Ausscheidung des katholischen Pfarrgemeindevermögens von N. das gesamte Vermögen der Studienpflege unter die katholische Pfarrgemeinde und die bürgerliche Gemeinde N. verteilt worden: das Gymnasium samt Zubehörden ist letzterer zugefallen, alles übrige Mobiliar- und Immobiliarvermögen ist auf die katholische Pfarrgemeinde übergegangen; zugleich sind die sämtlichen auf dem Vermögen der Studienpflege haftenden Verbindlichkeiten teils von der Pfarrgemeinde, teils von der bürgerlichen Gemeinde übernommen worden. Hiernach hat eine Universalnachfolge zweier öffentlicher rechtsfähiger Körperschaften in das Vermögen der Studienpflege stattgefunden; das selbständige Fortbestehen dieser Studienpflege als einer besonderen Rechtspersönlichkeit ist damit rechtlich unmöglich und wirtschaftlich bedeutungslos geworden. Das vormalige Vermögen dieser Studienpflege ist teils der Pfarrgemeinde, teils der bürgerlichen Gemeinde N. zugewachsen und unterliegt im Besitze dieser juristischen Personen in Gemäßheit der für ihre Besteuerung geltenden Vorschriften der Einkommen- und der Kapitalsteuer.

Dieser Auffassung steht der Inhalt des Grundbuchs von N. nicht entgegen; wenn nunmehr als Eigentümerin der früher zur Studienpflege gehörigen Grundstücke „die Katholische Studienpflege der Pfarrgemeinde N.“ eingetragen ist, so ist mit diesem Eintrag sehr wohl die Auslegung verträglich, daß das Eigentum der Pfarrgemeinde N. zusteht und diese vom Kirchenstiftungsrat vertretene Eigentümerin der Verwaltungsstelle die Bezeichnung „Katholische Studienpflege“ gibt. Jedenfalls vermag dieser Eintrag an den Eigentumsverhältnissen, wie sie sich in Wirklichkeit auf Grund der Ausscheidung des ortskirchlichen Vermögens gestaltet haben, so wenig zu ändern, wie die geschichtlich erklärbare irrtümliche Bezeichnung des Eigentumsverhältnisses in den seit der Ausscheidung gefertigten Pfandscheinen und Hypothekenbriefen.

2. Aehnlich liegen die Verhältnisse bei der Katholischen Schulpflege. Auch hier ist bei der Ausscheidung des katholischen Kirchenvermögens im Jahre 1894 das gesamte Vermögen nebst den darauf haftenden Verbindlichkeiten an rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts, in der Hauptsache an die beiden Pfarrgemeinden R. und A. übergegangen. Hat die Katholische Schulpflege bis dahin als selbständige Stiftung mit eigener Rechtspersönlichkeit existiert, so hat sie aus den angeführten Gründen mit dem Vollzug der Ausscheidung ihre Existenz verloren; als Steuersubjekte können in Ansehung der vormals zu der Schulpflege gehörenden Vermögensteile jetzt nur die im Besitze dieser Vermögensteile befindlichen juristischen Personen in Betracht kommen.

Die Steuerbehörden sind hiernach befugt, die aus dem Vermögen der Studienpflege und der Schulpflege ausgeschiedenen Vermögensteile nunmehr als Bestandteile des Vermögens der Beschwerdeführerin mit ihren Erträgen nach den für die Besteuerung der kirchlichen Gemeinden maßgebenden Grundsätzen zur Einkommen- und Kapitalsteuer heranzuziehen. Von diesem Standpunkt aus ist nicht ersichtlich, daß die Beschwerdeführerin mit der angefochtenen Entscheidung über das gesetzlich zulässige Maß hinaus zur Steuer herangezogen worden wäre, wie sie auch in dieser Richtung mit der Beschwerdeschrift eine unzulässige Belastung nicht behauptet hat.

Urt. vom 20. März 1907 in der Rechtsbeschwerdes. der kath. Pfarrgemeinde R.

23.

Die Rechtsbeschwerde nach Art. 64 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes.

Aus den Gründen:

Nach Art. 64 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes vom 8. August 1903 steht dem Steuerpflichtigen gegen die Entscheidung des Finanzministeriums die Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof mit der Einschränkung zu, daß

in bezug auf die Höhe der Steuerveranlagung solche tatsächliche Feststellungen, welche durch Schätzung gewonnen werden, der Nachprüfung des Verwaltungsgerichtshofs nicht unterliegen. Im vorliegenden Falle besteht zwischen dem Beschwerdeführer und den Steuerbehörden lediglich darüber Streit, wie hoch die nach Art. 9 Ziff. I, 2 des Einkommensteuergesetzes abzugsfähige Abschreibung für die regelmäßige jährliche Abnutzung der Gebäude des Beschwerdeführers zu berechnen ist, ob auf 1/4% des Bauwerts der Gebäude, wie die Steuerbehörden annehmen, oder auf 1%, wie der Steuerpflichtige behauptet. Die Entscheidung des Finanzministeriums wird ausschließlich in diesem Punkte mit der Rechtsbeschwerde angefochten. Es kann nun aber ein Zweifel darüber nicht bestehen, daß die Entscheidung des Finanzministeriums über die Höhe der abzugsfähigen Abschreibung nichts anderes ist, als eine die Höhe der Steuerveranlagung beeinflussende tatsächliche Feststellung, welche durch Schätzung gewonnen wird (vgl. Göz, Einkommensteuergesetz S. 119 und 283). Hiernach ist die angefochtene Entscheidung in der von dem Beschwerdeführer beanstandeten Richtung nach Art. 64 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes der Nachprüfung des Verwaltungsgerichtshofs entzogen; die Beschwerde war daher als unzulässig abzuweisen.

Urt. vom 20. Februar 1907 in der Rechtsbeschwerdes. des Bauwerkm. K. R. in St.

Literarische Anzeigen.

Zur Justizreform. Sechs Vorträge von Dr. Friedrich Stein (Tübingen, Mohr, 2 Mk.). In diesen Vorträgen des bekannten Prozessualisten werden die vielbesprochenen Adickesschen „Grundsätze durchgreifender Justizreform" auf Grund eingehender Kenntnis der englischen Rechtsverhältnisse beleuchtet und letztere als großenteils auf historischen und sozialen Verhältnissen und Anschauungen beruhend aufgezeigt, die sich nicht auf Deutschland übertragen lassen. Als Beispiel mag angeführt werden, daß, wer in England zum Armenrecht zugelassen sein will, den Nachweis, daß die Sache für ihn nicht aussichtslos ist, durch das Zeugnis eines Anwalts erbringen muß, das 1000 Mk. kostet. Die eigenen Reformvorschläge Steins bewegen sich in gemäßigten Bahnen und sind jedenfalls diskutierbar — im Gegensatz zu den Ideen von Adickes und Mügel (DJZ. 1906 S. 1109 ff.). Die Schrift Steins gehört sicherlich zum Besten und Reifsten, was über die gegenwärtig viel erörterte Frage geschrieben worden ist.

Staudinger: Kommentar zum BGB.; 3./4. neubearbeitete Auflage (München, Schweitzer, Gesamtpreis etwa 140 Mk.). Daß von diesem großen Werk, dessen zweite Auflage erst kürzlich vollendet worden ist (s. WürttJ. 18, S. 381), schon jetzt eine neue (Doppel-)Auflage notwendig geworden ist, spricht am besten für dessen Vorzüge. Daß in der neuen Auflage das Werk sich auf der Höhe seiner Aufgabe hält, läßt sich aus den vorliegenden ersten Lieferungen des ersten, dritten und vierten Bands entnehmen: die Anm. A zu § 873 z. B. nimmt jetzt 5 Seiten ein gegen bisher zwei; auch sind die Schlagworte jetzt durch fetten Druck hervorgehoben, was die Uebersichtlichkeit erhöht. Jeder, der sich gründlich mit einer Bestimmung des BGB. zu befassen hat, wird daher diese neue Auflage mit Nutzen zu Rat ziehen.

Empfehlenswerte handliche Ausgaben wichtiger Gesetze mit kurzen, zu rascher Orientierung geeigneten Anmerkungen sind: Warneyer: CPO. erläutert durch die Rechtsprechung (Jurist. Handbibliothek Bd. 183, Leipzig, Roßberg; 5 Mk. 60 Pfg.); Neukamp: GO. (7. Aufl.), Hirsch-

feld's Taschen-Gesetzsammlung Nr. 1 (Leipzig, Hirschfeld; 5 Mk. 30 Pf); Kreh: GVO. 3. Aufl. (Beck, München; 1 Mk. 40 Pf.); ferner von staatsrechtlichen Gesetzen: Dr. F. Fleiner (Prof. in Tübingen): „Staatsrechtliche Gesetze Württembergs (Tübingen, Mohr; geb. 4 Mk.), neben der Verfassung die Gesetze enthaltend, die betreffen: den König und das Königl. Haus; die Zentralorgane der Staatsregierung und die Staatsbeamten im Allgemeinen; die Staatsangehörigkeit; Staat und Kirche; die Beziehungen Württembergs zum Reich; die Anmerkungen enthalten Hinweise auf sonstige einschlägige gesetzliche u. s. w. Vorschriften, Literaturnachweise, auch historische Bemerkungen, keine Erläuterung des Gesetzestexts; Bazille und Köstlin: Verfassungsurkunde für das Königreich Württemberg mit Erläuterungen; zweite Auflage bearbeitet von W. Bazille (Stuttgart, Kohlhammer; 3 Mk. 40 Pf.), auf der soliden Grundlage von Gaupp's Staatsrecht beruhend und dem jetzigen Stand des Verfassungstexts entsprechend umgearbeitet.

Von Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen (A. Civil-, Handels- und Prozeßrecht) ist (Leipzig, Roßberg) der 5. Jahrgang erschienen.

Zur raschen Auffindung in neuerer Zeit in Gesetzen, Verordnung. u.s.w. ergangener Bestimmungen und zur Vergewisserung darüber, ob solche Bestimmungen über gewisse Punkte neuerdings ergangen sind oder nicht, dient W. Kohlhammers Gesetzes-Kalender auf das Jahr 1907, bearbeitet von den Obersekretären G. Ströhmfeld u. L. Waas (5. Jahrgang; 1 Mk.), enthaltend ein Register über alle seit 1. Januar 1901 ergangenen Reichs- und Landesgesetze, KVO., Verfügungen, Erlasse und Bekanntmachungen der K. Ministerien des Innern und der Justiz, soweit dadurch Bestimmungen von dauerndem Wert getroffen werden.

Pf.

I.

Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

36.

Irrtum über die Güte einer Forderung.

Hierüber ist in den

Gründen

eines Berufungsurteils gesagt:

Der Kläger behauptet, er habe sich bei Abgabe der Willenserklärung in einem Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Sache (BGB. § 119 Abs. 2) befunden, indem er keine Kenntnis davon gehabt habe, daß die ihm angebotene Forderung bei weitem keine 1500 M. wert sei. Es kann unerörtert bleiben, ob unter Sachen im Sinn des § 119 nur körperliche Gegenstände zu verstehen sind. Auch wenn man Forderungen als Sachen im Sinn des § 119 auffaßt, ist die Ansicht des Klägers, daß die Güte einer Forderung bei dem Kauf derselben eine verkehrswesentliche Eigenschaft enthalte, nicht zutreffend. Die Güte einer Forderung pflegt allerdings einen Einfluß auf die Wertschätzung der Forderung im Verkehr auszuüben. Allein der höhere oder geringere Wert einer Forderung kann nicht als wesentliche Eigenschaft derselben im Sinne des § 119 Abs. 2 aufgefaßt werden, vielmehr ist der Wert nur eine von außen der Sache beigelegte Schätzung, die dem Wesen der Sache nicht anhaftet, sondern in Verhält-

nissen wurzelt, die mit dem Wesen der Sache nichts zu tun haben, z. B. bei Forderungen in der Geschäftstüchtigkeit und Kreditwürdigkeit des Schuldners[1]). Es haftet auch der Verkäufer einer Forderung nach § 437 BGB. nur für den rechtlichen Bestand, nicht auch für die Güte der Forderung. Würde ein so weitgehendes Schuldbedürfnis anerkannt, wie es Kläger beansprucht, so würde die Rechtsbeständigkeit zahlreicher Rechtsgeschäfte in Frage gestellt.

Urt. des II. CS. vom 20. Dez. 1906 i. S. Herlemann gegen Joos.

37.

Kündigung einer Sachmiete?

Im April 1895 hat Kläger an die Beklagte einen Deutzer Gasmotor gegen einen jährlichen Mitzins von 350 M., zahlbar am 15. Mai jeden Jahres, vermietet. Das bis 1. Juli 1896 unkündbare Mietverhältnis sollte von da ab durch den Mieter unter Einhaltung einer $^1/_4$jährlichen Kündigungsfrist auf den ersten jeden Monats gekündigt werden können. Außerdem war die käufliche Uebernahme des Motors zum Preis von 1400 M. durch die Beklagte vorgesehen und vereinbart, daß falls dies im Laufe des nächsten Jahrs geschehen würde, die bis dahin bezahlte Miete am Kaufpreis abgehen solle. Den Motor hat die Beklagte im Jahre 1900 anläßlich des Neubaus ihrer Bad- und Waschanstalt um 600 M. verkauft. Am 28. Februar 1898 hat auf Anfrage des Kls., ob Bekl. den Motor kaufen oder ob und wie lang sie die Miete fortsetzen wolle, Bekl. erwidert, sie habe laut Abmachung den Motor käuflich übernommen und ihn abbezahlt; Kl. widersprach brieflich diesen Behauptungen. Der Klage auf Bezahlung der noch nicht verjährten Mietzinse bis Mai 1905 hat das Berufungsgericht entsprochen.

[1]) Vergl. Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 1. § 145 Nr. 8, Entsch. des Reichsger. vom 18. 4. 06 in Sachen Lichtenberger g. Damann (Württ. J. 18 S. 263 ff.).

Aus den

Gründen:

Daß ein in die Form eines Mietvertrags eingekleidetes Abzahlungsgeschäft vorliege, ist nicht behauptet und, so wie die Vereinbarung der Parteien lautet, nicht angezeigt. (Es wird sodann ausgeführt, daß Bekl. den Motor nicht käuflich übernommen habe und sodann fortgefahren:) Aus dem Brief der Bekl. vom 28. Februar 1898 läßt sich nicht entnehmen, daß die Bekl. die Miete gekündigt, d. h. die Erklärung abgegeben habe, die Miete solle mit Ablauf des nächsten Vierteljahrs beendigt sein. Der Brief enthält die Erklärung der Bekl., daß sie den Motor längst gekauft und bezahlt habe. Sonach bestand nach ihrer eigenen Auffassung am 28. Februar 1898 gar kein Mietverhältnis mehr, das hätte gekündigt werden können. Daß sie mit den erwähnten Worten zugleich sagen wollte, falls sie je nicht durch Kauf Eigentümerin des Motors geworden sei, wolle sie eine Miete nicht länger fortsetzen und kündige dieselbe, ist eine willkürliche Vermutung, die um so unbegründeter erscheint, als die Bekl. den Motor nicht etwa nach Ablauf der 1/4jährigen Kündigungsfrist zurückgab oder dem Kläger zur Verfügung stellte oder auch nur unbenutzt liegen ließ, vielmehr zu benützen fortfuhr und schließlich sogar für eigene Rechnung weiter veräußerte. Da aber — wie bereits ausgeführt — ein Kauf zwischen den Parteien nicht zustande kam, der Kl. vielmehr im Brief vom 1. März 1898 deutlich aussprach, daß er den Standpunkt der Bekl., sie habe den Motor gekauft, nicht als richtig erachte, so dauerte das nicht gekündigte Mietverhältnis fort. Daß der Vertrag von vorneherein nur auf kurze Zeit eingegangen werden wollte, so daß nach Ablauf einer angemessenen Frist die Miete von selbst aufhöre, hat die Beklagte nicht behauptet; eine etwaige bloß innerlich gebliebene Absicht der Bekl., die Miete nicht mehr fortsetzen zu wollen, konnte selbstverständlich das Mietverhältnis nicht beendigen. Wollte Bekl. über das bestehende Rechtsverhältnis Klarheit schaffen, so war sie, wenn seitens des Klrs. nichts weiteres

geschah, jederzeit berechtigt, auf Feststellung dahin zu klagen, daß die Miete durch Kauf des Motors beendet sei.

Nicht erfindlich ist endlich, in wiefern die angebliche im Jahre 1900 erfolgte Weiterveräußerung des Mietobjekts durch die Bekl. eine Aufhebung des Mietverhältnisses zwischen den Parteien mit der Wirkung herbeigeführt haben soll, daß der Kl. seitdem jedes Anspruchs auf Mietzins gegen die Bekl. verlustig gegangen wäre. Dies kann um so weniger angenommen werden, als die Bekl. dem Kl. von der Vornahme der Veräußerung gar keine Mitteilung gemacht hat. Ein Untergang der gemieteten Sache liegt in deren Veräußerung selbstverständlich nicht.

Urt. des III. CS. vom 30. Oktober 1906 i. S. Rehm gegen Jung und Brecht.

38.

Zur Auslegung der §§ 633—635 BGB.

Kl. hatte für Neubauten der Bekl. eine Reihe von Flaschner- und Schlosserarbeiten auszuführen. Bekl. hat die Abweisung der Klage auf Bezahlung des Rests des Lohns für die vom Kl. geleistete Arbeit mit der Begründung beantragt: Kl. habe (was nicht bestritten ist) zu den ausgeführten Zinkbedachungen statt des bedungenen Zinks Nr. 11 in der Hauptsache minderwertiges Zink Nr. 10 verwendet.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Begründet ist an sich die Ausführung der Bekln., daß ihr wegen der Verwendung von Zehner- statt Elferzink nicht bloß ein Anspruch auf Minderung der dem Kl. für sein Werk zukommenden Vergütung nach Maßgabe des § 634 BGB. zustehe, sondern nach § 635 BGB. ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, da darüber, daß der Kl. die vertragswidrige Verwendung einer andern, als der

bedungenen Zinkqualität „zu vertreten hat", kein Zweifel bestehen kann.

Verfehlt ist es aber, wenn die Bekl. meint, unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes vom Kl. die ihr nach den (nicht abgedruckten) Ausführungen unter Ziff. II 2 durch die Bestimmung des § 633 Abs. 2 Satz 2 d. BGB. versagte Umdeckung der Dächer nun doch verlangen zu können. Die letzterwähnte Gesetzesbestimmung geht als Sondervorschrift der allgemeinen Bestimmung des § 249 BGB. (über Schadensersatzleistung durch Naturalherstellung) zweifellos vor. Auch im Fall des § 635 BGB., welcher den Anspruch auf Schadensersatz nur statt des (in § 634 BGB. behandelten) Anspruchs auf Minderung oder Wandlung gewährt, kann daher Naturalherstellung nicht verlangt werden, wo der Anspruch auf solche durch den § 633 BGB. ausgeschlossen ist [1]).

Irrig ist aber auch die vom Anwalt des Bekl. unter Bezugnahme auf eine Entscheidung des RG. [2]) vertretene Ansicht, in den unter § 635 BGB. zu stellenden Fällen könne der schadensersatzpflichtige Unternehmer überhaupt keinen Werklohn verlangen. Das reichsgerichtliche Erkenntnis hat [3]) nur den (vorliegend nicht zutreffenden) Fall im Auge, wo dem Besteller das Behalten des Werks wegen Unbrauchbarkeit desselben nicht angesonnen werden kann. Wo der Besteller aber das Werk schon nach der Vorschrift des § 633 Abs. 2 BGB. behalten muß, da kann er nach der Ausdrucksweise der angeführten RGEntscheidung [4]) nur „Ersatz dafür verlangen, daß er die ihm geschuldete Leistung nicht in ihrer vollen vertragsmäßigen Beschaffenheit gegen die ihm obliegende Gegenleistung erhalten hat."

Urt. des III. CS. vom 2. Oktober 1906 i. S. Kärn g. Horland.

---

[1]) Vgl. analog. JW. v. 1905 S. 686 Nr. 8.

[2]) Bd. 58 S. 174 ff.

[3]) Wie auf S. 176 unten ausdrücklich hervorgehoben ist.

[4]) S. 177 Mitte.

39.

Auftragslose Geschäftsführung für eine erst zu gründende Gesellschaft.

Kl. hat mit der Firma B. u. L. am 23. Dezember 1902 einen Vertrag geschlossen, wodurch er deren Anwesen „für eine noch zu gründende Aktiengesellschaft mit noch festzustellendem Namen und Zweck" um 600 000 Mk. erworben. Bald darauf wurde die Bekl. gegründet und der Kl. hat zu notariellem Protokoll anerkannt, daß Bekl. die in dem erwähnten Vertrag in Aussicht genommene Gesellschaft sei, und hat ihr das erworbene Anwesen um 600 000 Mk. überlassen. Die Parteien stritten nun darüber, wer die Umsatzsteuer für den zwischen dem Kl. und der Firma B. u. L. geschlossenen Vertrag zu zahlen habe. Es wurde zu Gunsten des Kl. entschieden.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils.

Ein den Klaganspruch begründendes Rechtsverhältnis besteht zwischen den Parteien, das der Geschäftsführung ohne Auftrag § 677 ff. BGB. Der Kläger M. hat die Holzwarenmanufaktur und zwar das hier zunächst in Betracht kommende Liegenschaftsanwesen für die noch zu gründende Aktiengesellschaft, welche nun die Beklagte ist, gekauft. Auftrag oder Vollmacht von dieser konnte er nicht haben und sie selbst konnte nicht kaufen, da sie noch nicht entstanden war und doch war der Kauf nach den übereinstimmend geschilderten Verhältnissen dringend erforderlich. Die für solche Fälle eröffnete rechtliche Möglichkeit ist die Geschäftsführung ohne Auftrag, die nach der Gestaltung durch das BGB. entweder dadurch erfolgen kann, daß das Rechtsgeschäft auf den Namen des Geschäftsführers oder dadurch, daß es auf den Namen des Andern, für den es

besorgt wird, des Geschäftsherrn, abgeschlossen wird [1]). Im vorliegenden Fall konnte das Rechtsgeschäft nur auf den Namen des Geschäftsführers abgeschlossen werden, da die Aktiengesellschaft noch nicht entstanden war und O. B., wie nicht zu bezweifeln ist, sich auf Zuwarten oder bedingten Abschluß nicht einließ. In solchem Falle des Abschlusses auf den Namen des Geschäftsführers muß [2]) der Wille, für den Andern zu handeln, zur Genüge geoffenbart werden. Dieser Wille, der Zweck, für die in Aussicht genommene, erst in der Zukunft entstehende Gesellschaft auf eigenen Namen abzuschließen, kann selbstverständlich bestehen und zum Ausdruck gebracht werden, ehe die Gesellschaft entstanden ist. Ein Rechtsverhältnis zwischen dem Geschäftsführer und der Aktiengesellschaft konnte allerdings erst mit deren Entstehen zustandekommen, die Voraussetzungen dieses Rechtsverhältnisses liegen aber vor bis auf diese eine des Bestehens der Aktiengesellschaft (§ 200 HGB.) und deshalb kommt mit deren Entstehen auch das Rechtsverhältnis der Geschäftsführung ohne Auftrag zustande, das ohnedies ein tatsächliches, kein vertragsmäßiges ist [3]). Wäre die Aktiengesellschaft nicht in der beabsichtigten Weise zustandegekommen, so wäre der Zweck des Kaufes nicht erreicht worden, aber der Kaufvertrag hätte nicht rückgängig gemacht werden können und der Kläger hätte die Folgen des unbedingten Abschlusses auf eigenen Namen selbst zu tragen gehabt, wobei ihm aber die Möglichkeit an andere zu verkaufen offen gestanden wäre in der bestimmten einen Eintritt in den Vertrag gestattenden Weise.

Daß im vorliegenden Fall Geschäftsführung ohne Auftrag anzunehmen ist, ergibt der unbestrittene Zweck der ganzen Veranstaltung, die Uebernahme des Fabrikbetriebes durch

[1]) Motive zum Entwurf I BGB. Bd. II S. 855.

[2]) Wie die Motive zu Entwurf I BGB. § 749, 750 S. 855 hervorheben.

[3]) Zu vgl. Planck, BGB. zu § 677, 1 b mit Hinweis auf Seuffert, A. Bd. 42 Nr. 112.

eine Aktiengesellschaft zu ermöglichen, ergibt ferner das Verhalten aller Beteiligten in der ganzen Angelegenheit, ergibt auch die äußere Form der Durchführung und der Inhalt aller Erklärungen, die von der einen oder andern Seite schriftlich und mündlich gegeben worden sind oder als gegeben behauptet werden.

Zu Beginn der Kaufvertragsurkunde vom 23. Dezember 1902 ist sofort vom Käufer M. „konstatiert, daß er für eine noch zu gründende Aktiengesellschaft erwerbe". Hiemit ist schon das Erfordernis einer Offenbarung des Willens, für den andern zu handeln, genügend erfüllt. Wenn nun in demselben Vertrag später gesagt ist, der Verkäufer verpflichte sich „zur Auflassung der erworbenen Grundstücke je nach Wahl des letzteren an diesen selbst oder eine von letzterem noch zu begründende Gesellschaft", so ist damit weder dem vorher hervorgehobenen Zweck noch auch nur seiner Ausschließlichkeit widersprochen, sondern eben seiner Erreichung gedient durch Sicherung beider Teile gegenüber dem hervorgehobenen Drängen des Verkäufers, der eine unbedingte Verpflichtung des M. forderte.

Insbesondere ist aber noch darauf hinzuweisen, daß die Liegenschaft ganz zu demselben Preis, wie sie von B. übernommen war, auf die Aktiengesellschaft überging, nämlich um 600000 Mk. Bei einem selbständigen Dazwischentreten des M. wäre ein Aufschlag zu erwarten gewesen.

Auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten finden hienach die Vorschriften des § 677 ff. BGB. Anwendung, insbesondere § 683, dessen nähere Voraussetzungen im vorliegenden Fall auf die Geschäftsführung im Ganzen ohne weiteren Zweifel zutreffen. Der Geschäftsführer, nämlich M., kann also wie ein Beauftragter von dem Geschäftsherrn der Beklagten, Ersatz seiner Aufwendungen verlangen gemäß den näheren Bestimmungen von § 670, § 669, die auch Vorschußleistung umfassen.

Demnach ist die Klage und die Entscheidung des ersten Richters durch Geschäftsführung ohne Auftrag, wie auch

der Kläger geltend macht, gerechtfertigt.

Urteil des I. CS. vom 30. Juni 1906 i. S. Württ. Holzmanufaktur g. Mayer.

40.

Verschulden eines Automobilfahrers.

Kl. ist mit seinem Automobil, das er selbst lenkte, Nachts auf der Landstraße auf das vor ihm fahrende, nicht beleuchtete Fuhrwerk des Bekl. aufgefahren. Auf die Klage ist der Bekl. für schuldig erklärt worden, dem Kl. die Hälfte des ihm erwachsenen Schadens zu ersetzen.

In den

Gründen

des Berufungsurteils ist u. a. gesagt:

Auch den Kl. trifft eine Mitschuld an dem Unfall. Zwar läßt sich nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nicht feststellen, daß die Manöver des Kls. von dem Augenblick an, da er das Fuhrwerk des D. wahrnahm, zu beanstanden sind, jedenfalls nicht, daß er von da an schuldhafter Weise unrichtig gehandelt hat; wohl aber trifft ihn der Vorwurf, daß er unter den gegebenen Verhältnissen zu schnell gefahren ist.

Nach der Angabe des sicherlich nicht zu Ungunsten des Kls. befangenen Zeugen V.[1]) ist der Kl. mit einer Geschwindigkeit gefahren, bei der er die in Rede stehende Strecke von 8 km in 15—18 Minuten zurückgelegt hat. Durch § 7 Abs. 3 der Minist.Verf. v. 25. April 1902 ist Motorfahrzeugen außerhalb der Ortschaften eine Geschwindigkeit von 30 km in der Stunde gestattet: damit ist aber — vergl. insbes. Abs. 1 und 2 dieses § 7 — keineswegs gesagt, daß, wer diese Geschwindigkeit nicht überschreitet, unter keinen Umständen fahrlässig handelt (auch wenn er z. B. in dunkler Nacht auf belebter, kurvenreicher Landstraße mit

[1]) Kutscher des Kls., der ihn auf der fragl. Fahrt begleitete.

der höchsten zulässigen Geschwindigkeit fährt). Nach der Angabe B.s hätte Kl. in der Stunde 26—32 km, im Mittel 29 km zurückgelegt; seine Geschwindigkeit hat sich daher, wie das Berufungsgericht als sicher annimmt, auf der fraglichen, geradlinigen, sanft bergab gehenden Wegstrecke der höchsten zulässigen mindestens stark genähert, wenn sie sie nicht überschritten hat; war er ja nach dem schriftlichen Zeugnis des Stadtschultheißen K. überhaupt geneigt, mit der höchsten zulässigen Geschwindigkeit zu fahren. Eine derartige Geschwindigkeit ist aber bei nicht heller Nacht, mangelhafter Beleuchtung des Automobils (wie sie ohne Frage vorlag) und erst 4wöchiger Uebung im Automobilfahren — in Uebereinstimmung mit dem einleuchtenden Gutachten des durchaus unbefangenen Sachverständigen K. — als eine viel zu hohe anzusehen, die der Kl. bei Beobachtung der unter den obwaltenden Verhältnissen im Verkehr gebotenen Sorgfalt nicht anwenden durfte; er mußte sich sagen, nach Lage der Sache könne er bei solcher Geschwindigkeit infolge von Umständen, wie sie bei Nacht auf Landstraßen leicht jederzeit eintreten können, Unfälle erleiden und herbeiführen. Es lag auch kein Anlaß für ihn vor, auf der Heimfahrt von Krankenbesuchen Nachts 11 Uhr in der Nähe seines Wohnorts so schnell zu fahren; wäre er, wie er nach dem Gutachten Ks. hätte tun sollen, mit gemäßigter Geschwindigkeit gefahren, so hätte er den Unfall mutmaßlich vermeiden können, sofern er diesfalls entweder rechtzeitig ohne Gefahr für ihn und sein Automobil hätte bremsen oder ohne alsbald wieder nach rechts zu steuern nach links hätte ausbiegen und an dem Fuhrwerk des D. hätte vorbeikommen können.

Das beiderseitige Verschulden des Kls. und des D. hält sich nach Ansicht des Berufungsgerichts die Wage und es war demgemäß in Anwendung des § 254 BGB. D. für schuldig zu erklären, dem Kl. die Hälfte des Schadens zu ersetzen.

Urteil des III. CS. vom 10. Juli 1906 i. S. Dittus g. Vogt.

41.

Schadensersatzpflicht einer Gemeinde für Verwendung eines fremden Grundstücks zu einer Straße[1]).

Die bekl. Gemeinde hat ein Stück eines Ackers des Kls. ohne dessen Einwilligung zu einer öffentlichen Straße verwendet. In den

Gründen

wird zunächst ausgeführt, daß Bekl. das Eigentum des Kls. widerrechtlich verletzt hat und ihm gemäß §§ 992, 823 BGB. schadensersatzpflichtig ist. Sodann ist u. a. gesagt:

' Hienach hat die Bekl. die Klägerin wegen Entziehung des Besitzes an dem Grundstücksteil in Geld zu entschädigen.

Die Verpflichtung der Bekln. zur Leistung dieser Entschädigung beruht nicht etwa auf einem rechtlichen Verhältnisse, aus dem auch die Bekl. einen Anspruch gegen die Klin. auf Uebertragung des Eigentums an dem Grundstücksteil hätte, und es kann insbesondere nicht davon die Rede sein, daß die Klägerin der Bekln. als Gegenleistung das Eigentum an dem Grundstücksteil zu übertragen hätte. Dies ergibt sich aus dem was oben hinsichtlich der angeblichen Einigung zwischen den Parteien dargelegt worden ist, nämlich daß eine Einigung nicht erfolgt ist. Die Verpflichtung der Bekln. kann daher nicht wie die Bekl. beantragt, in der Weise ausgesprochen werden, daß die Bekl. nur zur Zahlung Zug um Zug gegen hypothekenfreie Auflassung des Grundstücksteils zu verurteilen wäre.

Die Entschädigung ist nicht etwa nur in Höhe des Werts der der Klin. in der Vergangenheit entgangenen Nutzungen und sonstigen Besitzvorteile und daneben in Form einer Rente zu gewähren, die dem Wert der in der Zukunft zu erwartenden Nutzungen entspricht. Es kann dahin gestellt bleiben, ob die Form einer Rente zum Zwecke des

---

[1]) Vgl. hiezu WürttZ. 48 S. 277 ff.

Schadensersatzes auch in solchen Fällen gewählt werden kann, wo das Gesetz dies nicht ausdrücklich vorschreibt oder zuläßt oder wo es sich nicht gerade um Schadensersatz wegen Vereitelung eines Rentenanspruchs handelt. Denn eine Rente wäre zur Entschädigung der Klägerin nicht genügend. Wenn das Rentenrecht nicht als dingliches Recht festgestellt würde, hätte es im Falle eines Verkaufs des Grundstücksteils für die Klin. keinen Wert. Zudem wäre eine für den Zeitpunkt des Straßenbaues ausgerechnete Rente möglicherweise den späteren Wertverhältnissen nicht mehr entsprechend. Auf eine Verpflichtung zum Ersatze der Nutzungen aber ist die Haftung desjenigen Besitzers, der durch verbotene Eigenmacht die Sache dem Eigentümer entzogen hat, dem oben Ausgeführten zufolge nicht beschränkt; dieser hat vielmehr den vollen Schaden zu ersetzen. Zum Schadensersatz in diesem Umfange gehört im vorliegenden Falle der Ersatz des ganzen Sachwerts. Denn davon, daß sie nach wie vor Eigentümerin der entzogenen Fläche ist, hat die Klin. keinerlei wirtschaftlichen Vorteil. Der ganze Gebrauchswert und der ganze Verkaufs- oder sonstige Verkehrswert sind ihr durch die Besitzentziehung im vorliegenden Fall entzogen. Sie kann den Grundstücksteil weder irgendwie für ihre besonderen Zwecke nutzen, noch würde sie im Falle einer Veräußerung irgend ein Entgelt dafür erhalten. Der Verlust des Besitzes steht daher für die Klin. in seiner wirtschaftlichen Bedeutung dem Verlust der Sache gleich.

Urteil des I. CS. vom 30. Juni 1906 i. S. Bittenfeld g. Laible.

42.

Haftung einer Gemeinde für mangelhafte Sicherung einer Straße, deren Unterhaltung die Amtskörperschaft vertragsmäßig übernommen hat?

Kl. hat die beklagte Gemeinde auf Ersatz des Werts eines Pferds belangt, das infolge davon verendet ist, daß

der bespannte Wagen auf einer Straße auf der Markung der Bekln. infolge Glatteises ins Rutschen geriet und über einen Abhang hinabgestürzt ist; Kl. hat die Klage auf die Behauptung gestützt, auf der Straße seien an der fraglichen Stelle die erforderlichen Sicherungen (Schranken u. drgl.) nicht angebracht gewesen.

Die Bekl. hat u. a. eingewendet, sie sei nicht die richtige Beklagte und jedenfalls treffe sie kein Verschulden, weil sie — was unbestritten ist — durch Vertrag von 1873 die Unterhaltung und Verwaltung der fraglichen Straße der Amtskörperschaft übertragen habe, die hienach auch die erforderlichen Sicherungen habe anbringen müssen.

Die Klage ist im Berufungsverfahren abgewiesen worden.

Aus den

Gründen:

Verfehlt ist es, wenn die Bekl. meint, die Klage habe überhaupt nicht gegen sie gerichtet werden können. Nach der Wegeordnung vom 23. Oktober 1808 sind die Gemeinden (s. § 4 lit. f. daselbst) sogar in betreff der in Kgl. Verwaltung übernommenen Post- und Kommerzialstraßen verpflichtet, auf ihrer Markung für die Anlegung von Sicherheitsschranken zu sorgen; natürlich gilt dies noch viel mehr für die auf der Markung einer Gemeinde verlaufenden Nachbarschaftsstraßen, deren Unterhaltung nach § 1 der Verf. des K. Minist. des Innern vom 19. Juni 1828 im Zweifel dem Markungsinhaber obliegt (vgl. auch § 11 der Wegordnung).

Eine ganz andere Frage ist, ob die Bekl. für den Unfall des Kls. zu haften hat, obwohl sie die Unterhaltung der fraglichen Nachbarschaftsstraße an die Amtskörperschaft übertragen hat. Die Zivilkammer meint (und ebenso die Berufungsbeantwortung des Kls.): eine Gemeinde könne die einschlägigen, ihr kraft öffentlichen Rechts obliegenden Verpflichtungen nicht unter Ausschluß ihrer eigenen Haftung durch Vertrag auf einen Dritten übertragen. Damit ist aber der entscheidende Gesichtspunkt nicht getroffen. Es handelt sich im vorliegenden Fall um einen Anspruch aus unerlaub-

ter Handlung (§ 823 BGB.); die Bekl. haftet nur, sofern ihr in betreff des Unfalls des Kls. ein Verschulden (Fahrlässigkeit) zur Last fällt. Die Frage ist also, ob *sie* ein solches *Verschulden* trifft, obwohl sie die Unterhaltung der fraglichen Straße der Amtskörperschaft übertragen hat. Eine ähnliche Frage kann sich z. B. erheben, wenn ein ortsabwesender Hauseigentümer die Sorge für das Bestreuen des Gehwegs vor seinem Haus bei Glatteis einem Nachbar oder einem sich hiemit befassenden Unternehmer übertragen hat. Unter solchen Umständen ist im einzelnen Fall zu prüfen, ob nach Lage der Sache die betr. Gemeinde, der betr. Hauseigentümer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, indem sie die an sich ihnen obliegende Verpflichtung durch Vertrag einem Dritten zu erfüllen auferlegt haben. Im vorliegenden Fall ist nun zu sagen: die Amtskörperschaft ist ein Rechtssubjekt, das vermöge seiner Organisation und der Beamten, die ihr für eine derartige Tätigkeit zur Verfügung stehen, besonders geeignet ist, an Stelle der Markungsgemeinde die Unterhaltung derartiger Straßen zu besorgen; die Regierung ist[1]) bestrebt, „die Sorge für die bedeutenderen Nachbarschaftswege den Gemeinden abzunehmen und auf die breiteren Schultern der Amtskörperschaften zu legen". Hat daher die Amtskörperschaft die Unterhaltung der fraglichen Straße einschließlich der Sorge für die erforderlichen Sicherheitsmaßregeln übernommen, so durfte die Bekl. darauf rechnen, daß die Amtskörperschaft in Erfüllung der ihr obliegenden vertragsmäßigen Verpflichtung die nötigen Sicherheitsmaßregeln auf der Straße treffe, und es trifft die Bekl. der Vorwurf der Fahrlässigkeit nicht schon deshalb, weil sie nicht *selbst* jene Sicherheitsmaßregeln getroffen hat. (Zum gleichen Ergebnis würde eine *entsprechende* Anwendung des § 831 BGB. führen, falls sie zulässig erschiene; *unmittelbar anwendbar* ist der § 831 jedenfalls nicht, weil die Bekl. zu der Amtskörperschaft nicht im Ver-

[1]) s. *Göz*, Verwaltungsrechtspflege § 36 II S. 390 oben.

hältnis eines Geschäftsherrn zu seinem Angestellten, Arbeiter, Gehilfen steht, wie § 831 voraussetzt.)

In der Tat hat nun die Amtskörperschaft mit der Unterhaltung der Straße auch die Sorge für die erforderlichen Sicherheitsmaßregeln übernommen. (Dies wird weiter ausgeführt und sodann fortgefahren:) Auch darin läßt sich dem Kl. nicht beistimmen, wenn er meint: die Bekl. treffe jedenfalls in s o fern ein Verschulden, als sie vor dem Unfall die Gefährlichkeit der Unfallstrecke erfahren oder selbst wahrgenommen habe oder hätte wahrnehmen sollen, und trotzdem keine Schritte zur Abhilfe bei der Amtskörperschaft getan habe. Die Organe der Bekln. hatten ohne besondere Veranlassung keinen Grund, ein prüfendes Auge darauf zu richten, ob an der fraglichen Straße in betreff der erforderlichen Sicherheitsmaßregeln alles in gehörigem Stand sei; daß ihnen je eine Klage in dieser Richtung zu Ohren gekommen wäre, hat die Zeugenvernehmung nicht ergeben; wer aber die Straße, ohne besondere Aufmerksamkeit auf diesen Punkt zu richten, beging, dem mußte augenscheinlich nicht der Gedanke sich aufdrängen, diese Stelle sei gefährlich und gehöre irgendwie gesichert: ist sie ja doch offenbar nur unter besonderen, selten eintretenden Verhältnissen, wie Glatteis, als gefährlich und der Verwahrung bedürftig zu bezeichnen.

Hienach trifft d i e B e k l. kein Verschulden an dem Unfall des Kls. und es war demgemäß die g e g e n s i e gerichtete Klage abzuweisen.

Urt. des III. CS. vom 13. Juli 1906 i. S. Altheim gegen Haizmann.

43.

Zur Auslegung des § 54 HGB.

Die Bekl., Besitzerin einer Bierbrauerei, hat ihren Sohn mit der Bereitung des Biers betraut. Mit dem Ankauf einer bestimmten kleinen Anzahl von Fässern von der Bekl. beauftragt, hat er einen Kauf über eine weit größere Zahl

von Fässern abgeschlossen. Die Klage des Kls. auf Bezahlung der ohne Auftrag der Bekl. gekauften Fässer ist abgewiesen worden.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Bekl., die im Handelsregister eingetragen ist, ist zweifellos Kaufmann, ein von ihr aufgestellter Bevollmächtigter, wenn im übrigen die Voraussetzungen des § 54 HGB. vorliegen, ein Handlungsbevollmächtigter, und seine Vollmacht erstreckt sich auf alle Geschäfte und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes oder die Vornahme derartiger Geschäfte gewöhnlich mit sich bringt. Allein selbst wenn man den Zeugen als Handlungsbevollmächtigten und nicht etwa als Gewerbegehilfen der Bekl. ansehen will, so ist doch kein Zweifel, daß die ihm übertragene Funktion, welche höchstens die Vollmacht zur Vornahme einer bestimmten Art von Geschäften, nicht zum Betrieb eines ganzen Handelsgewerbes, in sich schlösse, gewöhnlich nicht die Befugnis mit sich bringt, die zum Betrieb der Brauerei erforderlichen Fässer einzukaufen — namentlich nicht große Fässer, bei denen es sich, wie vorliegender Fall ergibt, um sehr erhebliche Werte handelt. Der Zeuge hat auch ausdrücklich in der mündlichen Verhandlung in Abrede gestellt, früher je einmal selbständig Fässer eingekauft zu haben. Auch aus dem Umstand, daß Zeuge von der Bekl. zur Gewinnung von Kunden verwendet zu werden pflegt, folgt keine für den vorliegenden Fall erhebliche Bevollmächtigung des Zeugen.

Es bleibt somit die Frage nach Bedeutung und Umfang der von H. M. bezeugten Spezialvollmacht.

In dieser Richtung ist durch dessen Zeugnis erwiesen, daß Bekl. ihrem Sohne Vollmacht zum Ankauf von 5 Boden- und 4 Sattelfässer, also zum Abschluß eines einzelnen Geschäfts erteilt hat. Ob auch in solchem Falle eine Handlungsvollmacht mit den in § 54 HGB. normierten Folgen vorliege, ist streitig, hier aber unerheblich.

Denn auch bei Annahme einer Handlungsvollmacht würde diese dem H. M. doch keine anderen Rechte gewährt haben, als solche der Ankauf von — neun — Fässern gewöhnlich mit sich bringt. Diese Rechte sind: Auswahl der Fässer, Vereinbarung des Kaufpreises, der Zahlungs- und Versandtbedingungen u. a. m.; nicht aber kann § 54 dahin ausgelegt werden, daß etwa H. M. das Recht gehabt hätte, trotzdem daß seine Vollmacht nur auf Ankauf von 9 Fässern lautete, deren 23 mit unmittelbarer Wirkung für Bekl. zu kaufen, falls nur nicht die Beschränkung der Vollmacht auf den Ankauf von 9 Stück dem Kl. bekannt geworden sei: Inhalt der Handlungsvollmacht wäre nicht im allgemeinen Ankauf von Fässern, sondern der Ankauf von 9 Fässern und die festgesetzte Zahl wäre nicht eine Beschränkung der Handlungsvollmacht im Sinne von § 55 Abs. 3, eben weil nur ein ganz bestimmtes einzelnes Geschäft in Frage steht.

Allerdings ist vom ROHG. [1]) ausgesprochen: wenn keine besonderen Verdachtsgründe vorliegen, so dürfe der Dritte dem Vertreter trauen hinsichtlich der ausgesprochenen oder tatsächlichen Angaben desselben über den Umfang seiner Vollmacht: ein Mißbrauch des Vertreters sei im Zweifel vom Prinzipal zu vertreten. In Staubs Kommentar z. HGB. [2]) ist ausgeführt: ohne weiteres dürfe der Dritte dem Handlungsbevollmächtigten nicht trauen, jedoch sei soviel richtig, daß für den Dritten die äußere Erscheinung der Vollmacht maßgeblich sei und daß in dem in der angeführten Entscheidung behandelten Fall die Bevollmächtigung zum Einkaufen in die Erscheinung getreten sei.

Diese Ausführungen können an sich zweierlei bedeuten: entweder will gesagt werden, ganz abgesehen von der Normierung des gesetzlichen Umfangs einer Handlungsvollmacht in § 54 (früher Art. 47) dürfe der Dritte im Zweifel den Angaben des Vertreters, über den Umfang seiner Vollmacht trauen, oder: diese Angaben können Bedeutung nur bean-

[1]) ROHG. 10 S. 143.

[2]) 8. Aufl. § 54 Anm. 11.

sprochen innerhalb des gesetzlich normierten Rahmens der Handlungsvollmacht und nur eine Beschränkung dieses Rahmens durch den Vollmachtgeber solle dem Dritten im Zweifel nicht schädlich sein.

Die erstere Auffassung stände im Widerspruch mit der Bestimmung des § 164 BGB., wonach der Vertreter nur haftet, wenn der Vertreter innerhalb seiner Vertretungsmacht — worunter gerade nicht die vermutliche, sondern die tatsächlich zustehende zu verstehen ist — gehandelt hat; sie wäre aber auch nicht vereinbar mit den Bestimmungen der § 177 Abs. 1 und § 179 Abs. 1 und 3 BGB. Nach § 177 hängt die Wirksamkeit eines ohne Vertretungsmacht geschlossenen Vertrags von der Genehmigung des angeblich Vertretenen ab. Erfolgt diese nicht, so ist der „Vertreter" dem Dritten zum Schadensersatz oder zur Erfüllung des Vertrags verpflichtet. Diese Haftung fällt jedoch weg, wenn der Dritte den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte d. h. (nach § 122 Abs. 2 BGB.) aus Fahrlässigkeit nicht kannte, bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte erkennen können. Daraus folgt: sobald beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts mit einem zur Vertretung nicht Berechtigten dem Dritten eigenes Verschulden zur Last fällt, bekommt er keinen Ersatz eines etwaigen Schadens, weder von dem „Vertreter" noch von dem „Vertretenen", er kann auch keine Erfüllung beanspruchen; fällt ihm dagegen kein Verschulden zur Last, so haftet ihm der „Vertreter". Es ist nicht erfindlich, in welchen Fällen dann noch für einen Mißbrauch, den der „Vertreter" begeht, der Vertretene, der nicht genehmigt, einzutreten haben sollte.

Es bleibt daher nur die zweite Auffassung, wonach der Prinzipal nur innerhalb des gesetzlich normierten Rahmens der Handlungsvollmacht zu haften hat.

Diese Ansicht wird geteilt z. B. von Staudinger[1]): („ein Handeln ohne Vertretungsmacht liegt auch vor, wenn

[1]) Komm. z. BGB. zu §§ 177 und 178 Z. 2.

und insoweit die vorhandene Ermächtigung, die einen bestimmten Umfang hat, überschritten wird";) Makower[1]): „der Dritte handelt nicht fahrlässig, wenn er den Angaben des Bevollmächtigten über den [innerhalb des gesetzlichen Umfangs, § 54 Abs. 1, liegenden] Umfang seiner Vollmacht traut" (hiefür beruft sich Makower eben auf die Entscheidung des ROHG. 10, 143)[2]). Auch das HGB. a. F. Art. 55 ließ den Handlungsbevollmächtigten für Ueberschreitung seiner Vollmacht haften und diese Bestimmung soll durch § 179 BGB. wiedergegeben werden[3]).

Urteil des III. CS. vom 20. November 1906 i. S. Gehring g. Wenz.

44.

Zur Auslegung der §§ 908, 909, 1004 BGB.

Die auf §§ 908, 909 BGB. gestützte Klage, womit Kl. beantragte, den Bekln. zu verurteilen, auf seinem Grundstück entlang der Grenze die zur Stütze des Grundstücks des Kls. erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, ist im Berufungsverfahren abgewiesen worden aus folgenden, den Sachverhalt ergebenden

Gründen:

Auf § 908 BGB. kann die Klage nicht gestützt werden. Diese Bestimmung setzt voraus, daß einem Grundstück die Gefahr einer Beschädigung „durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen Werkes, das mit einem Nachbargrundstück verbunden ist", droht. Die dem kläg. Grundstück drohende Gefahr aber besteht darin, daß die steilen Erdwände, die durch die Abgrabungen auf dem Grundstück des Bekln. entstanden sind, einstürzen und Teile des kläg. Grundstücks mit sich reißen. Jene durch bloßes Ausgraben entstandenen, keinem bestimmten Zweck dienenden Erdwände

[1]) Komm. z. HGB. § 54 IV.

[2]) Vgl. ROHG. Bd. 23 S. 348 ff. bes. S. 350 f.

[3]) Staudinger a. a. O. § 179 Ziffer 2a.

können nicht als ein mit dem Grundstück des Beklagten verbundenes Werk angesehen werden[1]), § 908 BGB. findet daher im vorliegenden Fall keine Anwendung.

Nach § 909 in Verbindnng mit § 1004 BGB. kann der Eigentümer eines Grundstückes die Beeinträchtigung seines Eigentums abwehren, die daraus folgt, daß der Boden seines Grundstücks durch eine Vertiefung des Nachbargrundstücks der erforderlichen Stütze beraubt wird. Der gefährdete Eigentümer darf aber eine solche Vertiefung nicht unbedingt verbieten, er muß sie sich vielmehr dann gefallen lassen, wenn von dem Eigentümer des vertieften Grundstücks „für eine genügende anderweitige Befestigung gesorgt ist". Hiedurch ist diesem Eigentümer die Möglichkeit gegeben, eine zur Ausnützung seines Grundstücks erforderliche Vertiefung selbst dann, wenn diese an sich das Nachbargrundstück gefährdet, durchzuführen; und im Prozeß kann der auf Unterlassung der Vertiefung Verklagte einredeweise geltend machen, daß für genügende anderweitige Befestigung gesorgt sei. Nicht aber kann der gefährdete Eigentümer unmittelbar darauf klagen, daß die aus der Vertiefung erwachsende Gefahr durch eine anderweitige Befestigung seines Grundstücks abgewendet werde. Das ergibt sich aus der Fassung des § 909 BGB. („es sei denn, daß —") und aus der Begründung des entsprechenden § 865 I. Entw., in der[2]) gesagt ist:

„Der Verdeutlichung wegen ist hinzugefügt, daß, wenn für eine die Stützung durch das beseitigte Erdreich ersetzende, genügende anderweitige Befestigung gesorgt wird, die Vertiefung somit ihren Einfluß auf das Nachbargrundstück verliert, das Verbot nicht weiter Platz greift."

Im Einklang hiemit sprechen sich die Kommentare zu § 909 BGB., soweit sie überhaupt auf diese Frage ausdrücklich eingehen, übereinstimmend dahin aus, daß die Herstellung einer genügenden anderweitigen Befestigung ein Recht,

[1]) Vgl. RG. in JW. 1905 S. 202.

[2]) Mot. III. S. 296.

nicht eine Verpflichtung des Beklagten sei [1]).

Wird daher, dem Wortlaut des Klagantrags gemäß, davon ausgegangen, der Klr. verlange mit seiner Klage von dem Bekln. lediglich die Herstellung einer anderweitigen Befestigung seines durch die Abgrabungen gefährdeten Grundstücks, so ist sie schon deshalb abzuweisen, weil ein solcher Anspruch nach § 909 BGB. dem Klr. nicht zusteht.

Zu Gunsten des Klrs. könnte jedoch folgendes geltend gemacht werden: Kann der Klr. nach § 1004 BGB. die Beseitigung der Beeinträchtigung seines Eigentums verlangen, die in einer gegen § 909 verstoßenden Vertiefung des Nachbargrundstücks besteht, so kann er nicht bloß, falls die Vertiefung noch nicht ausgeführt ist, auf deren Unterlassung, sondern auch insoweit, als eine Vertiefung bereits stattgefunden hat, auf Zufüllung der gefährdenden Ausgrabungen klagen [2]). Es ließe sich nun sagen: da der im gegenwärtigen Rechtsstreit erhobenen Klage namentlich auch durch Anbringung einer Böschung genügt werden könne, die Herstellung einer solchen aber der teilweisen Auffüllung der ausgegrabenen Vertiefung gleichkomme, sei wenigstens insoweit das Klagbegehren zulässig.

Allein würde die Klage in diesem Sinne aufgefaßt, so müßte zu ihrer Begründung nachgewiesen werden, daß der Boden des kläg. Grundstücks durch die Abgrabungen des Bekln. die erforderliche Stütze verloren habe. Dieser Nachweis ist nicht erbracht. (Dies wird näher ausgeführt; sodann fahren die Gründe fort:) Für die Frage aber, ob durch die geschehene Vertiefung der Boden des kläg. Grundstücks die erforderliche Stütze verloren habe, kommen allein die Verhältnisse und der Zustand zur Zeit der Urteilsfällung in Betracht; künftig eintretende Veränderungen und entfernte Möglichkeiten, wie die einer stärkeren Belastung des kläg.

---

[1]) Planck Anm. 2c, Staudinger Anm. 1b. Turnau-Förster (Sachenrecht I) Anm. 2 Abs. 1 zu § 909.

[2]) Vgl. Planck a. a. O. Kuhlenbeck, BGB. § 909 Note 1 Abs. 2. Turnau-Förster a. a. O.

Grundstückes durch Bauwerke und dergl., können nicht berücksichtigt werden. Unter den gegenwärtigen Umständen muß sich der Kl. mit der Zusicherung des Bekln. begnügen, daß er, sobald ein weiterer Schutz nötig wird, von selbst die erforderlichen Vorkehrungen treffen wird. Wird später dem kläg. Grundstücke durch natürliche Abbröckelungen oder durch weitere Abgrabungen des Bekln. die jetzt noch vorhandene Stütze vollends entzogen, ohne daß der Bekl. für anderweitige Befestigung sorgt, so kann der Klr. alsdann die Beseitigung der Vertiefung verlangen oder unter Umständen Schadensersatzansprüche gegen den Bekln. erheben.

Urteil des I. CS. vom 6. Juli 1906 i. S. Sohnle g. Andler.

45.

Verhältnis des Unterhaltsanspruchs der Ehefrau zu dem der (minderjährigen) Kinder.

Hierüber sagen die

Gründe

eines Berufungsurteils:

Der Unterhaltsanspruch der Ehefrau ist nach dem BGB. in anderer Weise gestaltet als derjenige der ehelichen Kinder. Die volljährigen Kinder, welchen die verheirateten minderjährigen Kinder gleichstehen, haben nur dann Anspruch auf Unterhalt ihrem Vater gegenüber, wenn sie selbst das, was sie zum Leben brauchen, nicht haben und wenn andrerseits der Vater bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen in der Lage ist, den Unterhalt zu gewähren (§§ 1602, 1603, je in Abs. 1). Den minderjährigen unverheirateten Kindern müssen die Eltern, auch wenn sie (die Kinder) Vermögen haben, Unterhalt gewähren, sofern die Einkünfte des Vermögens und der Ertrag der Arbeit der Kinder zum Unterhalt nicht ausreichen (§ 1602 Abs. 2). Selbst dann, wenn den Eltern der eigene standesmäßige Unterhalt nicht verbleibt, sind sie den minderjährigen unverheirateten Kindern gegen-

über gehalten, alle verfügbaren Mittel zu ihrem und der Kinder Unterhalt gleichmäßig zu verwenden, es sei denn, daß die Kinder aus dem Stamm ihres Vermögens unterhalten werden können oder daß ein anderer unterhaltspflichtiger Verwandter vorhanden ist (§ 1603 Abs. 2). In letzterer Beziehung kommt, wenn der in Anspruch genommene Vater nicht leistungsfähig (nach § 1603 Abs. 1) ist, auch die Mutter in Betracht [1]), so daß im vorliegenden Fall der Beklagte die mitklagenden Kinder auf die Mutter zu verweisen berechtigt wäre, sofern diese nach § 1603 Abs. 1 genügendes Vermögen hätte und bei Befriedigung der Ansprüche der Kinder der standesgemäße Unterhalt des Beklagten beeinträchtigt würde.

Der Ehefrau muß der Mann nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit Unterhalt gewähren (§ 1360 Abs. 1), wobei es anerkanntermaßen auf die Bedürftigkeit der Frau nicht ankommt, andrerseits aber der Mann zur Vorwegnahme des eigenen standesgemäßen Unterhalts nicht berechtigt —, vielmehr verpflichtet ist, das, was er hat, mit der Ehefrau zu teilen [2]). Besondere Bestimmungen enthält § 1361 (Abs. 1 u. 2) für den Fall der tatsächlichen Trennung der Ehe: hier ist der Unterhalt durch Gewährung einer Geldrente zu gewähren; mit Rücksicht jedoch auf die besondere Gestaltung, welche dadurch entsteht, daß der Ehemann während der Trennung die Arbeitskraft der Frau entbehren muß und die Gewährung des Unterhalts außerhalb des Hauswesens regelmäßig für ihn mit Mehraufwand verknüpft ist, wird dem billigen richterlichen Ermessen ein weiterer Spielraum gewährt, so daß je nach den Umständen des Falls die Beschränkung oder sogar der Wegfall der Unterhaltspflicht ausgesprochen werden kann. Voraussetzung des § 1361 Abs. 2 ist zwar dem Wortlaut nach, daß der eine der Ehegatten die Herstellung des ehelichen Lebens „verweigern darf und verweigert“. Doch

[1]) RG. 57 S. 73.

[2]) Motive IV S. 123.

wird in der Rechtsprechung überall anerkannt, daß auch im Fall der unberechtigten Verweigerung der Wiederaufnahme, welcher Fall hier auf Seiten des Bekl. vorliegt, dem andern Teil der Anspruch auf Unterhalt nach § 1361 an sich zusteht[1]).

Aus dieser Darlegung ergibt sich, daß die Vorschrift des § 1609 Abs. 2 Satz 1, wonach beim Fehlen eines zum Unterhalt sämtlicher Berechtigten genügenden Vermögens der Ehegatte den minderjährigen unverheirateten Kindern gleichstehen soll, nicht die Bedeutung haben kann, daß die Rechte der Ehefrau in Absicht auf den Unterhaltsanspruch auf einer Linie mit denjenigen der minderjährigen unverheirateten Kinder stehen. Vielmehr ist die Rechtslage die, daß zunächst die Ansprüche dieser Kinder nach § 1603 zu befriedigen sind, und hiernach erst zu entscheiden ist, ob unter Berücksichtigung der hiedurch für den Vater sich ergebenden vermögensrechtlichen Belastung für den Anspruch der Ehefrau in Gemäßheit des § 1360 bezw. § 1361 etwas übrig bleibt. Ein fernerer Anhalt für diese Gesetzesauslegung ist sowohl in der der Ehefrau selbst gegenüber dem Mann nach § 1360 Abs. 2 zutreffendenfalls obliegenden Unterhaltspflicht als in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes begründet, sofern nach den Protokollen für die 2. Lesung[2]) der dem § 1609 entsprechende § 1483 Abs. 2 dahin zu fassen beantragt wurde:

> „trifft der Anspruch eines Ehegatten mit dem Anspruch von Verwandten zusammen, so stehen diese, mit Ausnahme der minderjährigen unverheirateten Kinder, dem Ehegatten des Pflichtigen nach".

Auch dieser Antrag, welcher von der Kommission als lediglich redaktioneller behandelt wurde, zeigt, daß die Bestimmung des § 1609 Abs. 2 nur für den Fall eine Verfügung treffen will, daß die Ansprüche der unverheirateten minderjährigen Kinder und der Ehefrau mit den Ansprüchen weiterer Angehörigen zusammentreffen. Nur für diesen Fall

[1]) Rechtspr. d. OLG. 2 S. 75. 201. 331; 4 S. 83.

[2]) Mugdan, Materialien Bd. 4 S. 949.

sollen jene Ansprüche — als gleichgestellt — den zuletzt genannten Ansprüchen vorgehen; im Verhältnis untereinander dagegen kommen die Kinder vor dem Ehegatten zum Zuge.

Urteil des I. CS. vom 14. Juli 1906 i. S. Erb g. Erb.

46.

Ist bei Berechnung des Ausfalls, den ein Gläubiger an seiner Forderung zufolge des Ergebnisses einer Zwangsversteigerung erlitten hat, der wirkliche Wert des von dem Gläubiger selbst billig ersteigerten Grundstücks in Rechnung zu nehmen?

Klin. hatte an den Sohn des Bekl. ein Haus um 3300 Mk. verkauft, Bekl. sich für den Kaufpreis verbürgt. In dem auf Betreiben der Klin. eingeleiteten Zwangsversteigerungsverfahren ersteigerte Klin. das Haus um 800 Mk. Bald darauf hat sie es um 2200 Mk. wieder verkauft. An der von ihr gegen den Bekln. geltend gemachten Kaufschillingsrestforderung von 2955 Mk. hat Bekl. 1466 Mk. anerkannt, den Rest bestritten, weil Klin. sich den ganzen, ihr durch die Versteigerung zugegangenen Vermögenswert von mindestens 2200 Mk. (abzüglich Kosten) in Anrechnung bringen lassen müsse.

Es wurde nach dem Klagantrag erkannt.

Aus den

Gründen

des Berufungsurteils:

Durch die Zwangsversteigerung der Liegenschaft ihres Schuldners wurde die Klin. für ihren restlichen Kaufschilling nur bis zum Betrag des hier erzielten Erlöses — abzüglich der Kosten der Zwangsvollstreckung und des vorausgegangenen Prozeßverfahrens — befriedigt. Wenn sie daher den Bekl., der ihr als Bürge und Selbstschuldner haftet, wegen des ganzen im Vollstreckungsverfahren erlittenen und an sich nicht bestrittenen Ausfalls in Anspruch nimmt, so macht sie nur von ihrem Recht Gebrauch. Ihre Handlungs-

weise wurde dadurch nicht zu einer unsittlichen oder gegen Treu und Glauben verstoßenden, daß sie selbst bei der Zwangsversteigerung die betr. Grundstücke erheblich unter ihrem Wert erstanden und durch deren Weiterveräußerung einen beträchtlichen Gewinn erzielt hat. Denn für die Befriedigung einer im Zwangswege beizutreibenden Forderung kommt nicht der wirkliche Wert der versteigerten Objekte, sondern einzig der bei der Zwangsvollstreckung erreichte Erlös in Betracht. Wäre statt der Klin. ein Dritter als Steigerer aufgetreten, so dächte der Bekl. selbst nicht daran, den diesem hiebei zugefallenen Gewinn auf seine Bürgschaftsschuld gegenüber der Klin. anzurechnen. Es ist aber nicht abzusehen, warum es nun gegen die guten Sitten oder wider Treu und Glauben verstoßen soll, wenn der Gläubiger selbst nach Durchführung der Zwangsvollstreckung durch die Weiterveräußerung der von ihm ersteigerten Objekte — also mittels eines Rechtsgeschäfts, das von dem seine ursprüngliche Forderung begründenden Kauf bezw. Bürgschaftsvertrag gänzlich unabhängig ist — einen Gewinn erzielt und denselben nicht den Bürgen zuwendet, der es ja durch eigenes Bieten auf die Exekutionsobjekte in der Hand gehabt hätte, diesen Gewinn selbst zu machen oder wenigstens vor Schaden sich zu wahren.

Daß sich die Klin. selbst einer Verfehlung gegen die guten Sitten bewußt gewesen sei, insofern ihr Vertreter laut Brief vom 13. November 1905 sich mit 900 Mk. befriedigt zu erklären bereit war, ist nicht erfindlich. Denn mit dem gedachten Schreiben sollte, wie dessen sonstiger Inhalt zeigt, lediglich eine gütliche Erledigung der Sache herbeigeführt werden, wobei sich die Klin., ohne aber irgend ein illoyales Handeln einzuräumen, auch mit einem geringeren als dem nachher eingeklagten Betrag begnügt hätte.

Aus dem Umstand, daß die Klin. den besagten Gewinn nicht, wie der Bekl. irrtümlich annimmt, neben dem Erlös aus der Zwangsversteigerung in seiner Eigenschaft als Gläubiger, sondern als Käufer im Vollstreckungsverfahren mithin durch ein selbständiges und vollgültiges Rechts-

geschäft erzielte, entfällt ferner der Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung jeglicher Rechtsgrund.

Auch durch den Hinweis auf RG. 61 S. 365 vermag der Bekl. den Klaganspruch nicht zu beseitigen. Allerdings spricht hier das Reichsgericht in Bezug auf ein widerrechtlich erwirktes rechtskräftiges Urteil aus, „die Wirkung der Rechtskraft müsse da zessieren, wo sie bewußt rechtswidrig, zu dem Zweck herbeigeführt sei, dem, was nicht Recht sei, den Stempel des Rechts zu geben". Allein im vorliegenden Fall handelt es sich um keine vorsätzliche Rechtsverletzung. Daß die Klin. überhaupt in unlauterer Weise auf den Gang des Vollstreckungsverfahrens eingewirkt habe, ist gar nicht behauptet. Ebenso wenig sind Anhaltspunkte dafür geboten, daß sie etwa von vorneherein in der Absicht gehandelt habe, die Grundstücke an den vermögenslosen Käufer zu teuer zu veräußern, um sie dereinst selbst wieder billig zu erwerben und sich auf Kosten des Bürgen zu bereichern.

Urteil des III. CS. vom 22. Januar 1907 i. S. Goller g. Geckeler (ebenso vom 9. Juli 1907 i. S. Maier g. Katz) [1].

47.

Kann ein im Lauf des Rechtsstreits Verstorbener als Prozeßpartei bezeichnet werden? Beweislast bezüglich der Höhe einer gepfändeten Forderung und der auf diese geleisteten Zahlungen. — Einflußlosigkeit der Behauptung des Drittschuldners, nach der Pfändung einen andern Gläubiger des Schuldners auf Grund geleisteter Bürgschaft befriedigt zu haben. — Zahlung einer Schuld als tatsächliche Anerkennung derselben.

Der Beklagte K. und der während des Prozesses verstorbene Mitbeklagte Sch. hatten durch Vertrag mit dem Grundstückseigentümer Dr. H. in St. die Herstellung einer

---

[1]) Vgl. nunmehr auch RG. in JW. 1907 S. 133.

Parkanlage vertragsmäßig übernommen. Einen Teil der Arbeiten übertrugen sie im Unterakkord an den Bauunternehmer Z. Dieser ließ am 2. Juli 1904 die von ihm übernommenen und noch nicht vollendeten Arbeiten im Stich, worauf diese Arbeiten von den Beklagten, angeblich für Rechnung des Z., weitergeführt wurden. Nach der Behauptung der Beklagten soll die von ihnen dem Z. auf Abschlag bezahlte Summe von 3400 Mark dem Gesamtbetrag seiner Arbeitsleistung entsprechen.

Kläger hat auf Grund eines ihm gegen Z. zustehenden vollstreckbaren Titels die diesem gegen die Beklagten angeblich zustehende Forderung aus Arbeitsverdienst — d. h. denjenigen Betrag, welchen Z. außer den erhaltenen Abschlagszahlungen von 3400 Mark noch weiter anzusprechen gehabt hätte — in Höhe von 491 M. 28 Pf. pfänden und zur Einziehung sich überweisen lassen. Die Zustellung des am 21. Juli 1904 erlassenen Pfändungsbeschlusses an beide Beklagte geschah ordnungsmäßig je am 23. Juli 1904. Der Pfändung ging voraus eine „Benachrichtigung" gemäß § 845 CPO.; der die Benachrichtigung enthaltende Anwaltsschriftsatz wurde den Beklagten als Drittschuldnern in der Weise zugestellt, daß ein mit der Adresse: „An Herren Sch. und K., Bauunternehmer in U." versehener Brief am 9. Juli 1904 zur Post gegeben und an demselben Tag in Abwesenheit der Adressaten der Ehefrau des genannten Sch. durch den Postboten behändigt wurde.

Der Beweis, daß dem Z. gegen die Beklagten ein den Betrag der empfangenen Zahlungen übersteigender Betrag zukomme, konnte von dem Kläger (welcher seine Beweislast bestritt) in erster Instanz nicht geführt werden. In zweiter Instanz wurde eine Urkunde vom 22. Juli 1904 vorgelegt, worin die Beklagten unter Einverständnis des mitunterzeichneten Z. erklären, daß ihnen durch die Arbeitsniederlegung des Z. ein großer Schaden entstanden sei, daß sie deshalb an ihn nichts mehr zahlen und sich vorbehalten, falls das auf den Akkord des Z. und mit seinen

Leuten weitergeführte Geschäft einen Ueberschuß ergebe, diesen dem Z. auszubezahlen, daß aber andererseits Z. ersatzpflichtig sei, „wenn es nicht reiche".

Vor dem Berufungsgericht legte der Kläger, unter Aufrechterhaltung des früheren Vorbringens, jedoch unter Beschränkung des Antrags auf 278 M. 30 Pf., das Hauptgewicht auf die Behauptung, daß die Beklagten nach Zustellung des Pfändungsbeschlusses, jedenfalls aber nach der Zustellung der obenerwähnten Benachrichtigung, an den Bäckermeister H. auf Rechnung des Z., dessen Arbeitern durch den H. das Brot geliefert worden war, den Betrag von 278 M. 30 Pf. bezahlt haben. Hierüber lag eine vom 2. Juli 1904 datierte Quittung des H. vor. H. hatte jedoch, als Zeuge eidlich vernommen, ausgesagt, daß er nicht mehr sagen könne, ob ihm vor dem Tag der Zustellung des Pfändungsbeschlusses (23. Juli) ein Teil der genannten Summe bezahlt worden sei; bezüglich des Teilbetrags von 128 M. 30 Pf. dagegen erinnerte er sich, daß die Zahlung erst im September oder Oktober erfolgt war.

Kläger machte geltend, daß in der, wie anzunehmen sei, erst nach Zustellung des Pfändungsbeschlusses und der Benachrichtigung geschehenen Zahlung von 278 M. 30 Pf. das Anerkenntnis eines dem Z. gegen die Bekln. in dieser Höhe zustehenden Anspruchs liege, während die Bekln. dies bestritten und geltend machten, daß sie sich bei H. mit Zustimmung des Z. für seine Schuld aus Brotlieferung mündlich verbürgt gehabt haben. Die Vereinbarung sei dahin gegangen, daß die Beklagten für den Z. einstünden und daß sie das, was sie dem Z. schuldig würden, an H. zur Deckung seines Guthabens abzuführen haben. Diese Bürgschaft sei jedenfalls nach § 766 Satz 2 BGB. durch die Erfüllung wirksam geworden. Es habe sich daher um eine Schuld der Beklagten an H., nicht an Z., gehandelt und es sei daher auch die Pfändung einer dem Z. zustehenden Forderung nicht möglich gewesen. Ferner wurde das Vorliegen einer Schuldübernahme der Beklagten gegenüber dem H. geltend gemacht.

Die Berufung gegen das klagabweisende Urteil wurde zurückgewiesen.

Gründe:

1. Der Umstand, daß Sch. während des Prozesses verstorben ist, hat, da Rechtsanwalt Dr. W. als sein Prozeßbevollmächtigter aufgestellt und eine Aussetzung des Verfahrens von keiner Seite beantragt ist, auf den Fortgang des Rechtsstreits keinen Einfluß [1]. Da das Gesetz unter den hier gegebenen Voraussetzungen die Fortsetzung des Verfahrens für oder gegen einen Verstorbenen gestattet, so ist auch jetzt noch Sch. als Prozeßpartei im Urteil zu bezeichnen, ohne daß die Vorschriften der §§ 313 Ziffer 1, 50 Abs. 1 CPO. dem entgegenstünden.

2. Zur Sache selbst ist davon auszugehen, daß Kläger, welchem die Forderung des Z. gegen die Beklagten in Höhe von 491 M. 28 Pf. durch den amtsgerichtlichen Beschluß vom 21. Juli 1904 zur Einziehung überwiesen worden ist, zu beweisen hat, daß die Forderung des Z. in einem die erfolgten Zahlungen von 3400 M. übersteigenden Betrag zur Entstehung gekommen ist [2]. Soweit demgegenüber die Beklagten Erlöschungsgründe der Forderung geltend machen, sind sie dafür beweispflichtig [3]. Sie würden demgemäß auch zu beweisen haben, daß etwaige Zahlungen auf die bewiesene Forderung ihres Gläubigers vor der Zustellung des Pfändungsbeschlusses stattgefunden haben. Die gemäß § 845 CPO. erfolgte Ankündigung des Bevorstehens der Pfändung muß im vorliegenden Falle außer Betracht bleiben, weil die Zustellung an die beiden Beklagten als Drittschuldner nicht durch Uebergabe einer einzigen Ausfertigung erfolgen konnte (§§ 169 Abs. 1, 170. CPO.) und die formelle Wirkung der Benachrichtigung, wie sie in § 845 Abs. 2 geregelt ist, eine gesetzentsprechende Zustellung zur Voraussetzung hat.

Wenn Kläger in erster Instanz bezüglich der Beweislast

[1] Vgl. §§ 246. 86. 325 CPO.

[2] s. Gaupp-Stein, Komm. zur CPO., Bem. IV 2 zu § 829.

[3] OLG.Rspr. 4, 144.

vorgebracht hat, infolge der Uebernahme der Weiterführung der Arbeiten auf Rechnung des Z. durch die Beklagten sei eine Umkehrung der Beweislast eingetreten, so liegt dem nur insofern ein richtiger Gedanke zu Grunde, als dem Z. unter Umständen gegen die Beklagten nach § 666 BGB. ein Anspruch auf Rechnungslegung auf Grund dieser Uebernahme seiner Geschäfte erwachsen wäre, und als durch Pfändung dieses Anspruchs die Beklagten in die Lage hätten versetzt werden können, sich über die Führung der Geschäfte im Rechnungslegungsverfahren (§ 259 BGB.) auszuweisen. Nachdem aber dieser Weg vom Kläger nicht eingeschlagen wurde, vielmehr von ihm ein Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Summe erhoben worden ist, hat es bei der regelmäßigen Beweislast sein Bewenden.

In dieser Beziehung ist nun dem Kläger der Beweis, daß dem Z. eine den Betrag von 3400 M. übersteigende Forderung aus Werkvertrag zugestanden sei, völlig mißlungen.

3. Ohne Einfluß auf die Verpflichtung der Beklagten im Verhältnis zum Kläger wäre die in zweiter Instanz von ihnen behauptete Tatsache, daß eine Verbürgung ihrerseits zu gunsten des Z. bei H. stattgefunden habe. Wäre dies der Fall gewesen, so würden eben zwei selbständige Verpflichtungen der Beklagten — diejenige gegenüber dem Z. aus Werkvertrag und eine weitere gegenüber dem H. aus Bürgschaft — bestehen und dieses rechtliche Verhältnis würde nach geschehener Pfändung der Forderung des Z. aus Werkvertrag in der Weise seine Wirkung äußern, daß, so wenig sich die Beklagten dem H. gegenüber nach geschehener Befriedigung des Pfändungsgläubigers auf die an diesen geleistete Zahlung mit Erfolg berufen könnten, so wenig sie nun auch die Tilgung ihrer Bürgschaftsschuld dem Pfändungsgläubiger gegenüber zum Nachweis ihrer Befreiung geltend machen dürften. Denn durch die Pfändung der Forderung des Z. war der Zustand eingetreten, daß die Beklagten als Drittschuldner nur noch an den Kläger und Z. gemeinschaftlich, bezw. nach eingetretener Fälligkeit der Forderung nur noch

an den Kläger allein zahlen konnten [1]). Es kann also nicht die Rede davon sein, daß es den Beklagten freigestanden wäre, durch Befriedigung des H. auf Grund ihrer angeblichen Bürgschaftshaftung dem Kläger die ihm als Pfändungsgläubiger zukommende Befriedigung zu entziehen. Es ist demgemäß die Behauptung der Beklagten, sie haben sich für Z. bei H. verbürgt gehabt, für die Entscheidung unerheblich [2]).

4. Ebenso kann auf sich beruhen die von den Beklagten aufgestellte Behauptung einer Schuldübernahme. Denn es fehlt auch hier nach den Zeugenaussagen in erster Instanz an jeder tatsächlichen Grundlage für die Annahme, daß nach der Absicht der Beteiligten die Beklagten als Schuldner für die Schuld des Z. an H. an Stelle des ersteren in das Schuldverhältnis hätten eintreten sollen (§ 414 BGB.), und sofern es sich um einen Eintritt in die Schuld des Z. neben diesem gehandelt hätte, wäre hiezu, wie bei der Bürgschaft nach § 766 BGB., die schriftliche Form der Erklärung erforderlich gewesen [3]).

5. In Wahrheit handelte es sich bei den hier fraglichen Vorgängen um nichts anderes, als um eine von Z. an den H. von Fall zu Fall erteilte Anweisung, das von ihm (Z.) an H. für das gelieferte Brot geschuldete Geld bei den Beklagten in Empfang zu nehmen. Ob hierin, was die Beklagten nicht ausdrücklich behauptet haben, zugleich eine Abtretung der dem Z. gegen die Beklagten zustehenden Forderung an den H. gelegen war — in welchem Fall, sofern die Abtretung vor der Pfändung geschehen wäre, der entsprechende Teil der Z.schen Forderung nicht mehr von der Pfändung hätte ergriffen werden können —, bedarf jedoch keiner weiteren Erörterung, weil auch aus einem andern Grund der klägerische Anspruch, wie er in zweiter Instanz

---

[1]) BGB. §§ 1281, 1282 vgl. 1228 Abs. 2; Gaupp-Stein, Bem. IV Abs. 2 bei Note 37 zu § 829 CPO.

[2]) Vgl. aber hiezu RG. in Seufferts Archiv 61 Nr. 77 (Anm. d. Red.).

[3]) RG. Z. 59. 232.

noch aufrechterhalten und begründet wird, als unhaltbar sich erweist.

6. Kläger will nämlich in der durch die Beklagten erfolgten Zahlung von 278 M. 30 Pf., welche nach dem Zeugnis des H. jedenfalls bezüglich des Teilbetrags von 128 M. 30 Pf. in die Zeit nach der am 23. Juli 1904 in Wirkung getretenen Forderungspfändung fällt, das Anerkenntnis einer in Höhe von 278 M. 30 Pf. bestehenden Schuld der Beklagten an Z. finden. Diesem Vorbringen ist jedoch die Schlüssigkeit abzusprechen.

Es ist zwar dem Kläger zugegeben, daß es naheliegt, den im übrigen fehlenden Beweis für eine (in Höhe von 278 M. 30 Pf. bestehende) weitere Schuld der Beklagten an Z. gerade durch ihre Zahlung an H. von demselben Betrag zu erbringen, also diese Zahlung zu dem Schluß zu verwerten, daß die Beklagten damit selbst das Bestehen ihrer Schuld an Z. in dem genannten Umfang anerkannt haben. Allein zwingend ist der Schluß, die Zahlung der Beklagten an H. beruhe auf ihrem Bewußtsein, diesen Betrag dem Z. zu schulden, und auf der Absicht, mit dieser Zahlung eine eigene Schuld zu tilgen, nach den besonderen Umständen des vorliegenden Falles umsoweniger, als nunmehr in der Urkunde vom 22. Juli 1904 (s. ob.) ein eigenes Anerkenntnis des Z., daß die Beklagten ihm nichts mehr schulden, vorliegt. Die Beklagten mochten wohl, nachdem Z. — wie H. bezeugt hat — dem H. von vornherein für den Fall der Nichtbereinigung seiner (Z.s) Schuld die Befriedigung durch die Beklagten in Aussicht gestellt hatte, sich moralisch verpflichtet fühlen, auch ihrerseits ohne Rücksicht darauf, ob sie dem Z. noch etwas schuldeten oder nicht, dem H. zu seinem Geld behilflich zu sein, zumal es sich um Brotlieferungen an Arbeiter handelte, welche zwar von Z. eingestellt waren, aber doch mit der Vollendung der Arbeiten zugleich ein Werk förderten, welches herzustellen die Beklagten im Verhältnis zu dem Bauherrn (Dr. H.) verpflichtet waren. Es ist hienach naheliegend, daß die Beklagten, sei es in der Meinung, dem Z.

nichts mehr zu schulden, oder doch wenigstens unter begründeten Zweifeln an dem Bestehen einer solchen Verbindlichkeit den H., um ihn nicht in Schaden kommen zu lassen, und wohl auch mit Rücksicht auf ihren geschäftlichen Kredit, von sich aus zu befriedigen wünschten, und unter diesen Umständen ist aus ihrer Zahlung ein Schluß auf die bei ihnen bestehende Ueberzeugung von dem Bestehen einer Schuld, wodurch allein die Zahlung den Charakter eines Anerkenntnisses annehmen würde, mit Notwendigkeit nicht herzuleiten.

Urteil des I. CS. vom 23. Februar 1906 in S. Külbs g. Schad u. Kurrle.

48.

Zulässigkeit des Rechtswegs für eine auf ein Fischereirecht gestützte Klage auf Unterlassung des Baggerns? [1])

Der Kl. ist teils auf Grund eigenen, im Jahr 1891 durch Kauf erworbenen, im Güterbuch eingetragenen Rechts, teils auf Grund eines mit der Stadt Stuttgart abgeschlossenen Pachtvertrags auf einer gewissen Strecke des Neckars innerhalb der Markung Neckarrems fischereiberechtigt. Mit der Behauptung, der Bekl. beeinträchtige durch Baggern das Fischereirecht des Kls. in erheblichem Maß, hat Kl. gegen den Bekl. Klage erhoben mit dem Antrag: zu erkennen, der Bekl. habe das Baggern auf der auf Markung Neckarrems gelegenen Flußstrecke des Neckars, auf der dem Kl. ein Fischereirecht zustehe, zu unterlassen. Die Klage wurde im landgerichtl. Verfahren auf Art. 19 und 30 des Wasserges., §§ 903, 1004 BGB., Art. 73, 65 EGBGB. und Art. 208 AGBGB. gestützt; im Berufungsverfahren auch auf § 823 BGB.

Der Bekl. hat Klagabweisung beantragt und in erster Linie die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs vorgeschützt. Diese Einrede wurde für begründet erachtet.

[1]) Vgl. WürttZ. 48 S. 179 ff.

Gründe:

Was zunächst die Klagbegründung anlangt, die im landgerichtl. Verfahren geltend gemacht worden ist, so ist unter den Parteien Streit darüber, ob der Bekl. auch insoweit auf der in Betracht kommenden Flußstrecke zu baggern berechtigt ist, als dadurch das — an sich unbestrittene und unzweifelhaft ein Privatrecht darstellende — Fischereirecht des Kls. beeinträchtigt wird.

Mit Recht hat die Zivilkammer angenommen, die Kiesgewinnung und das hiezu angewendete Baggern stelle, auch wenn sie auf Grund einer gemäß Art. 21 Abs. 2 des Wassergesetzes vom 1. Dezember 1900 erfolgten Verpachtung erfolgt, eine Art der Ausübung des Gemeingebrauchs der öffentlichen Gewässer (und nicht ein einem Wassernutzungsrecht i. S. der Art. 31 ff. des Wasserges. gleichzuachtendes Recht) dar: es ergibt sich dies schon daraus, daß die Art. 18 bis 22 des Wasserges. in dem vom „Gemeingebrauch der öffentlichen Gewässer" handelnden Abschnitt des Gesetzes stehen [1]). Das Recht des Pächters reicht sonach nicht weiter als der Gemeingebrauch des Art. 18 WG., auch für den Pächter bleibt daher die Schranke des Art. 19 Abs. 1 WG. bestehen, dessen Bestimmungen sich auf die Art. 16—18 beziehen [2]).

Bekl. darf also die Kiesgewinnung nur insoweit ausüben, als dies ohne Verletzung der Rechte dritter und ohne Beeinträchtigung besonderer Nutzungsrechte geschieht.

Bekl. macht nun geltend: das ihm zustehende Recht, mittels Baggerns Kies zu gewinnen, beschränke das Fischereirecht des Kls., so daß Kl. diese Rechtsausübung dulden müsse, auch wenn dadurch sein Fischereirecht beeinträchtigt werde. Es fragt sich bei diesem Sachverhalt, ob auf den vorliegenden Fall Art. 10 Ziff. 24 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes zutrifft, wonach die Verwaltungsgerichte

[1]) Vgl. auch Kommissionsbericht der Kammer der Standesherren zum Wasserges., Verhdlgn. 1899/1900 Beil.Bd. S. 674.

[2]) Vgl. Haller, Wasserges. Anm. 1 zu Art. 19.

zu entscheiden haben über Streitigkeiten, die betreffen: „die Benützung öffentlicher Gewässer, wenn hierüber ein Streit zwischen mehreren Beteiligten besteht und der erhobene Anspruch nicht privatrechtlicher Natur ist". Zweifelhaft kann in dieser Richtung nur etwa sein, ob „der erhobene Anspruch nicht privatrechtlicher Natur ist". Allein es handelt sich um einen auf den Grundsätzen des öffentlichen Rechts beruhenden Eingriff des Bekl. in das von ihm nicht bestrittene Privatrecht des Kls., um die Frage, ob dem auf dem öffentlichen Recht beruhenden Kiesgewinnungs- und Baggereirecht des Bekl. das privatrechtliche Fischereirecht des Kls. zu weichen hat. Hienach hat das vom Bekl. beanspruchte Recht als „der erhobene Anspruch" zu gelten: sonst käme man dazu, die Verwaltungsgerichte für zuständig zu erklären, wenn ein Kiesgewinnungsberechtigter eine Klage gegen einen Fischereiberechtigten erhebt mit dem Antrag, dieser habe die Ausübung des Kiesgewinnungsrechts und der Baggerei zu dulden, — dagegen den Zivilrechtsweg für zulässig zu erklären, wenn ein Fischereiberechtigter eine Klage erhebt mit dem Inhalt wie Kl. im gegenwärtigen Rechtsstreit; das würde aber dem Sinn des Verwaltungsrechtspflegegesetzes augenscheinlich nicht entsprechen, das hier wie in anderen Fällen ohne Rücksicht auf die Parteirollen die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte für Rechtsstreitigkeiten über gewisse Gegenstände und Fragen festsetzen wollte.

Der erkennende Senat schließt sich somit den Ausführungen des II. Zivilsenats dieses OLG. an[1]). Das eben erwähnte Urteil ist allerdings vor Erlassung des Wassergesetzes ergangen; allein dieses Gesetz hat in betreff des in Rede stehenden Punkts an dem bestehenden Recht nichts geändert[2]); insbesondere enthält Art. 19 Abs. 1 WG. keinerlei Bestimmungen über die Zuständigkeit der Zivil- oder der Verwaltungsgerichte in Fällen der vorliegenden Art. Daß

[1]) in dem in WürttJ. 8 S. 202 ff. abgedruckten Urteil; vgl. auch Göz, Verwaltungsrechtspflege S. 404. 405.

[2]) Vgl. Göz a. a. O.

unter Umständen[1]) eine unzulässige Ausübung des Gemeingebrauchs einen vor dem Zivilrichter geltend zu machenden „Anspruch aus dem verletzten Recht", etwa auf Grund des § 1004 BGB., rechtfertigen kann, ist mit den obigen Ausführungen durchaus verträglich; es mag dies z. B. zutreffen, wenn der den Gemeingebrauch Ausübende bestreitet, daß dem Verletzten das von ihm beanspruchte Privatrecht zusteht.

Aus dem bisherigen ergibt sich, daß die Zivilkammer mit Recht für die Klage, so wie sie bei ihr begründet worden ist, der (Zivil-)Rechtsweg für unzulässig erklärt hat. Es fragt sich nun noch, ob eine andere Beurteilung insoweit einzutreten hat, als der Kl. im Berufungsverfahren, ohne der Einrede der Klagänderung zu begegnen (vgl. hiezu §§ 527, 269 CPO.) den erhobenen Anspruch auf § 823 BGB. gestützt hat. Für eine auf diese Gesetzesbestimmung gestützte Schadensersatzklage wäre ohne Frage (nur) der Zivilrechtsweg zulässig[2]); es ist ferner auch nicht zu bezweifeln, daß sich aus § 823 BGB. ein Anspruch auf Unterlassung (weiterer) widerrechtlicher Verletzungen des Lebens, des Körpers, der Gesundheit und der Freiheit ableiten läßt; allein eine auf § 823 BGB. gestützte Klage auf Unterlassung weiterer künftiger Störungen des Eigentums oder anderer dinglicher Rechte ist nichts anderes als die Eigentumsstörungsklage des § 1004 oder die entsprechende bei Verletzung anderer dinglicher Rechte gegebene[3]) negatorische Klage; die Natur der auf Unterlassung solcher Beeinträchtigungen dinglicher Rechte gerichteten Klage wird dadurch keine andere, daß der Kl. — überflüssigerweise — geltend macht, die Beeinträchtigung sei nicht nur eine widerrechtliche, sondern auch eine vorsätzliche oder fahrlässige (wobei dahingestellt bleiben kann, ob Kl. in betreff der künftigen vom Bekl. ausgehenden Störungen seines Fischereirechts eine der-

[1]) Vgl. Haller a. a. O. Anm. 5 zu Art. 19.

[2]) Vgl. WürttJ. 7 S. 354—55; 17 S. 218—19.

[3]) f. Planck, Komm. zum BGB. Anm. 3 der Vorbem. zum Titel „Ansprüche aus dem Eigentum".

artige Behauptung überhaupt aufstellen kann und will). Die Berufung des Kls. auf § 823 BGB. vermag also nichts daran zu ändern, daß, da das Fischereirecht des Kls. nicht bestritten ist, als der den Streitgegenstand bildende Anspruch das im öffentlichen Recht wurzelnde seinem Umfang und Inhalt nach bestrittene Kiesgewinnungs- und Bagereirecht des Bekl. sich darstellt, daß somit gemäß dem, was in Ziff. I ausgeführt ist, für die Entscheidung des Rechtsstreits nur der Verwaltungsrechtsweg, nicht der Zivilrechtsweg gegeben ist.

Urt. des III. CS. vom 6. März 1906 i. S. Räuchle g. Obergfell.

49.

Zur Auslegung des § 99 Abs. 1 CPO.

(Zulässigkeit der Berufung wenn die Hauptsache erledigt ist.)

Mit der Klage hat Kl. beantragt, zu erkennen, Bekl. sei schuldig, dem Postamt St. gegenüber sich damit einverstanden zu erklären, daß die bis 30. Juni 1905 unter der bisherigen gemeinschaftlichen Firma der Parteien einlaufenden Postsendungen dem Kl. ausgefolgt werden. Am 28. Juni 1905 hat Kl. gegen das klagabweisende landgerichtliche Urteil Berufung eingelegt; im Termin zur mündlichen Verhandlung hat er beantragt, die Hauptsache für erledigt zu erklären und dem Bekl. die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. Die Berufung wurde für unzulässig erklärt aus folgenden

Gründen:

Nach § 99 Abs. 1 CPO. ist die Anfechtung der Entscheidung über den Kostenpunkt unzulässig, wenn nicht gegen die Entscheidung in der Hauptsache ein Rechtsmittel eingelegt wird — und — wie zu ergänzen ist[1]) — zulässig ist. Im vorliegenden Fall mag nun davon auszugehen sein, mit

[1]) Vgl. Gaupp-Stein, Anm. II, 1 zu § 99.

der einen Antrag nicht enthaltenden Berufungsschrift habe der Kl. das Rechtsmittel der Berufung auch gegen die in der Hauptsache ergangene Entscheidung einlegen wollen. Als zulässig kann aber das Rechtsmittel insoweit nicht angesehen werden. Die Zulässigkeit des Rechtsmittels beurteilt sich nach der Zeit der Einlegung des Rechtsmittels, dergestalt, daß, wenn sich zu dieser Zeit der Streit in der Hauptsache erledigt hat oder gegenstandslos geworden ist, das Rechtsmittel auch in Ansehung der Kosten als unzulässig erscheint [1]). Im vorliegenden Fall ist die Berufung am 28. Juni eingelegt worden; der Streit betraf eine nach der Behauptung des Kls. vom Bekl. abzugebende Willenserklärung, die bis 30. Juni einschließlich Geltung haben sollte. Buchstäblich genommen war nun allerdings am 28. Juni der Streit in der Hauptsache noch nicht gegenstandslos, er wurde es vielmehr erst mit dem Ablauf des 30. Juni; aber schon im Zeitpunkt der Einreichung der Berufungsschrift zur Terminsbestimmung stand fest, daß eine Verhandlung und Entscheidung zur Hauptsache angesichts der Fristbestimmungen der §§ 520, 262 CPO. unmöglich mehr stattfinden konnte, daß notwendig zu der Zeit, zu der die Sache frühestens nach den Bestimmungen der CPO. zur Verhandlung kommen konnte, der Rechtsstreit in der Hauptsache gegenstandslos geworden sein mußte. Dies würde selbst dann zutreffen, wenn Kl. (was nicht geschehen ist) eine Abkürzung der Ladungs- und Einlassungsfrist beantragt und erwirkt hätte, weil der Termin keinenfalls auf den nächsten Werktag (der 29. Juni ist ein bürgerlicher Feiertag) hätte angesetzt werden dürfen. In einem derartigen Fall handelt es sich aber augenscheinlich von vornherein lediglich um die Anfechtung der im Kostenpunkt ergangenen Entscheidung; ganz anders liegt die Sache in Fällen, da z. B. die Sache, um deren Herausgabe sich der Streit dreht, erst nach Einlegung der Berufung (durch irgend ein vom Standpunkt des Prozeßrichters aus

[1]) RG. bei Seuff.A. 50 Nr. 215, RG. 29 Nr. 99 S. 381; 27 Nr. 95 S. 365.

als Zufall anzusehendes Ereignis) untergeht. Die Einlegung der Berufung gegen eine zur Hauptsache ergangene Entscheidung ist nur zulässig, wenn nach Maßgabe der prozessualen Bestimmungen zurzeit der Einlegung der Berufung eine Entscheidung in der Hauptsache noch möglich ist; in diesem Sinn sind auch die zu dieser Frage ergangenen reichsgerichtlichen Entscheidungen zu verstehen. Unerheblich ist dagegen, ob wegen der Geschäftslage des Gerichts die Verhandlung erst auf einen so fernen Termin anberaumt werden kann, daß von vornherein feststeht, bis dahin sei der Streit in der Hauptsache gegenstandslos geworden.

Urteil des III. Zivilsenats vom 21. November 1905 i. S. Haußmann g. Beck.

50.

Kann im Prozeß der Einwand erhoben werden, die ein Urteil im Kostenpunkt begehrende Partei sei in betreff der Kosten schon befriedigt?

Durch Versäumnisurteil ist dem Antrag der Klin. entsprechend der Bekl., der nach Klagerhebung die Klagsumme bezahlt hatte, für schuldig erklärt worden, die Kosten des Rechtsstreits abzüglich bezahlter 32 Mk. 34 Pfg. zu tragen. Auf Einspruch des Bekl. hat die CK. das Versäumnisurteil aufgehoben und den erwähnten Antrag der Klin. abgewiesen, weil der Klin. zur Zeit der Erlassung des Vers.-Urt. kein Kostenerstattungsanspruch mehr gegen den Bekl. zugestanden sei. Auf Beschwerde der Klin. wurde Bekl. „zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits" verurteilt.

Gründe:

Die Frage, ob der ein Urteil im Kostenpunkt begehrenden Partei ein Anspruch auf Erstattung von Kosten noch zustehe, ob sie nicht etwa um diesen Anspruch bereits befriedigt sei, ist im ordentlichen Prozeß nicht zu prüfen; vielmehr ist dieser Anspruch die notwendige prozessualische Folge

des Obsiegens im Prozeß über die Hauptsache und lediglich von dieser Voraussetzung abhängig. Auch wenn eine Entscheidung über die Hauptsache aus irgend welchem Grund überflüssig wird, so wird dadurch der Anspruch auf Ersatz der Prozeßkosten nicht zur Hauptsache, in dem Sinn, daß nun über deren Betrag im ordentlichen Prozeß verhandelt werden könnte [1]).

Der Standpunkt des angefochtenen Urteils müßte dazu führen, im ordentlichen Prozeß einen Streit, unter Umständen sogar ein Beweisverfahren darüber zuzulassen, ob der eine Entscheidung im Kostenpunkt verlangende Teil für seine Kosten bereits befriedigt sei und welche Kosten er verrechnen dürfe. Damit würde das der Kostenfestsetzung vorbehaltene Verfahren in den ordentlichen Prozeß herübergeleitet. Dies würde aber dessen Zweck und Bedeutung durchaus widersprechen, wäre daher unzulässig.

Der Einwand, von diesem Standpunkt aus werden dem unterliegenden Teil, auch wenn dieser alles getan habe, um dem Gegner zu gewähren, was dieser zu fordern habe, unnötige und zur zweckentsprechenden Verfolgung des gegnerischen Rechts nicht erforderliche Kosten aufgebürdet, wäre nicht begründet. Denn die Verurteilung zur Tragung der Kosten legt dem Verurteilten nur die notwendigen Kosten auf und es ist eben Aufgabe des Kostenfestsetzungsverfahrens, zu bestimmen, welche Kosten hierunter fallen.

Beschl. des I. CS. vom 27. Mai 1905 i. S. Lang u. Mainz g. Löwenberg.

51.

Wer hat die Kosten eines in ungesetzlicher Weise ergangenen Versäumnisurteils zu tragen?

Hierüber ist in den

Gründen

eines Beschlusses gesagt:

[1]) RG. Bd. 10 S. 310.

Zweifelhaft ist, ob das Versäumnisurteil vom 14. Nov. 1904 in gesetzlicher Weise ergangen ist. Unerheblich ist allerdings, ob der klägerische Vertreter dem Bekln. C. R. zuvor gesagt hat, er brauche nicht zur Verhandlung zu kommen. Darauf, ob die Versäumnis eine verschuldete war oder nicht, kommt es nicht an [1]). Dagegen könnte die Erlassung des Versäumnisurteils vom 14. November 1904 um deswillen als ungesetzlich angesehen werden, weil die Bekln. nicht gemäß § 335 Abs. 2 CPO. zu dem Termin geladen worden waren [2]).

Doch mag dies dahin gestellt bleiben. Denn wenn auch das Versäumnisurteil in ungesetzlicher Weise erlassen worden ist, so findet eine Ausscheidung der durch die Versäumnis entstandenen Kosten nicht statt. Vielmehr sind in diesem Fall sämtliche Kosten des Verfahrens einschließlich der durch die Versäumnis verursachten als ein Ganzes zu behandeln. (CPO. § 344 vergl. mit § 95 [3]). Die säumige Partei ist daher, wenn das Versäumnisurteil in ungesetzlicher Weise erlassen worden ist, nur dann von der Tragung der durch die Versäumnis verursachten Kosten zu befreien, wenn sie auf Grund des Einspruchs ein obsiegendes Urteil erstreitet. Dies entspricht auch der materiellen Gerechtigkeit. Denn eine Partei, welche durch ein, wenn auch in ungesetzlicher Weise erlassenes, Versäumnisurteil nur zu dem verurteilt worden ist, was sie in Wahrheit schuldet, hat sachlich keinen Grund gegen das Versäumnisurteil Einspruch zu erheben, sondern soll sich eben bei dem materiell richtigen Urteil beruhigen.

Beschl. des I. CS. vom 26. September 1905 i. S. Blankenhorn g. Rall.

[1]) RG. 6. Oktober 1898 JW. S. 602, Gaupp-Stein § 344 Bem. I, 1 zu Note 4.

[2]) Gaupp-Stein § 335 Bem. II Abs. 3 zu Note 9 und 10. Pfizer in Buschs Z. Band 23 S. 438 ff. Seufferts Archiv Band 46 Nr. 229. A.M.: RG. Band 41, S. 355.

[3]) Gaupp-Stein § 344 Bem. 1. 2, zu Note 6, Seuffert, CPO. 9. Aufl. § 344 Bem. 1, Petersen, CPO. 5. Aufl. § 344 Bem. 3.

52.

Verpflichtung zur Tragung der durch einen Antrag i. S. des § 1029 Abs. 2 CPO. entstandenen Kosten.

W. R. hat bei der Zivil-Kammer Stuttgart den Antrag gestellt, gemäß § 1029 Abs. 2 CPO. einen Schiedsrichter zwecks Erhebung einer Klage gegen den Ingenieur R. M. in D. wegen Akkordvertrags zu bestellen. Der Gegner, gemäß § 1045 Abs. 2 Satz 2 CPO. hierüber gehört, hat geltend gemacht, daß laut dem schriftlichen Schiedsvertrag nicht das Landgericht, sondern das Amtsgericht zur Ernennung des Schiedsrichters zuständig sei. Hierauf hat der Antragsteller seinen Antrag zurückgenommen. Der Gegner hat sodann den Antrag gestellt, dem Antragsteller die Kosten des Verfahrens zuzuscheiden. Mit Beschluß vom 17. April 1905 hat die Zivil-Kammer letzteren Antrag als gesetzlich unzulässig zurückgewiesen. Auf Beschwerde des R. M. hat das OLG. die Kosten des Verfahrens dem Antragsteller W. R. auferlegt.

Gründe:

Die Beschwerde ist als sofortige Beschwerde im Sinne des § 99 Abs. 3 der CPO. an sich zulässig und in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt. Die sofortige Beschwerde i. S. dieser Gesetzesbestimmung findet auch dann statt, wenn, ohne daß eine Entscheidung in der Hauptsache ergangen ist, die Entscheidung über den Kostenpunkt sei es unterblieben sei es abgelehnt worden ist [1]).

Die Beschwerde ist auch sachlich begründet. Die Bestimmung des § 91 der CPO., daß die unterliegende Partei die Kosten „des Rechtsstreits" zu tragen habe, bezieht sich nicht nur auf den Rechtsstreit zur Hauptsache, sondern auf jedes selbständige vom Hauptprozeß unabhängige Verfahren, z. B. auch auf die Kosten einer mit Erfolg eingelegten Be-

[1]) Gaupp-Stein, CPO. § 99 Note 4, RG. 3. V. 93 bei Gruchot Band 37 S. 1257, vom 29. IX. 97 JW. S. 543 und vom 9. VII. 98 JW. S. 501.

schwerde [1]), sowie auf die Kosten des Arrestverfahrens [2]). Das Gleiche muß auch für das Verfahren betr. Ernennung eines Schiedsrichters i. S. des § 1029 Abs. 2 CPO. gelten. Auch dieses Verfahren ist wie der Arrestprozeß eine dem Erkenntnisverfahren gleichgeordnete Prozeßart, wie es denn nach der alten Fassung der CPO. für dieses Verfahren gemäß § 871 CPO. (a. F.) sogar einer besonderen Klagerhebung bedurfte. An dem Wesen dieses Verfahrens ist nun dadurch nichts geändert worden, daß nach § 1045 der neuen Fassung der CPO. die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung erfolgen kann. Der Antragsteller, welcher seinen Antrag zurückgenommen hat, ist in diesem Fall sachlich als unterlegen anzusehen.

Beschl. des I. CS. vom 20. Juni 1905 i. S. Raff g. Mayer.

53.

Aktivlegitimation eines Konkursverwalters zur Anfechtung einer Hypothek, wenn er das belastete Grundstück an einen Dritten aufgelassen hat?

Hierüber sagen die

Gründe

eines Berufungsurteils:

Daß der Kläger die Aktivlegitimation für die angestellte Klage dadurch verloren habe, daß er die belasteten Grundstücke an einen Dritten aufgelassen hat, ist nicht richtig. Durch die Auflassung sind die Grundstücke noch nicht aus dem Eigentum des Gemeinschuldners ausgeschieden, die Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch ist aber erst nach der Klagerhebung erfolgt. Es ist aber überhaupt nicht

---

[1]) Gaupp-Stein, CPO. § 575 Bem. II Abs. 2.

[2]) Gaupp-Stein § 922 Bem. II c, wobei das, was dort für den Fall der Zurückweisung des Arrestgesuchs gesagt ist, selbstverständlich auch für den Fall zu gelten hat, daß das Gesuch noch vor der Zurückweisung vom Gesuchsteller zurückgenommen wird.

Voraussetzung des Anfechtungsanspruchs, daß das Eigentum an den Grundstücken, deren Belastung mit einer Hypothek durch den Konkursverwalter angefochten wird, zur Zeit noch dem Gemeinschuldner zusteht. Der Anfechtungsanspruch ist nicht als ein negatorischer Anspruch anzusehen, sondern das Anfechtungsrecht verleiht dem Verwalter einen rein persönlichen Anspruch auf Rückgewähr des durch die angefochtene Handlung Veräußerten zur Konkursmasse[1]). Nur dann wäre infolge der Veräußerung der Grundstücke durch den Konkursverwalter die Anfechtung der Hypothekenbestellung ausgeschlossen, wenn die Veräußerung in der Weise erfolgt wäre, daß durch das Bestehen oder Nichtbestehen der Hypothek die Konkursmasse überhaupt nicht mehr berührt würde. Dies ist aber nicht der Fall. Zwar können die Grundstücke, nachdem sie verkauft sind, nicht weiter für die Konkursmasse verwertet werden, aber der Konkursverwalter hat bei dem Verkauf die Verpflichtung übernommen, für die Löschung der Hypothek zu sorgen. Könnte der Konkursverwalter diese Verpflichtung nicht erfüllen, so wäre gemäß § 59 Nr. 1 der KO. dem Käufer aus der Konkursmasse Ersatz zu leisten, die Konkursmasse würde sich daher um den entsprechenden Betrag mindern. Allerdings könnte der Konkursverwalter sein Anfechtungsrecht nicht auf den neuen Erwerber übertragen, und dieser könnte nicht seinerseits die Hypothekenbestellung anfechten, aber darum handelt es sich auch nicht, und ebenso wenig läßt sich sagen, daß der Konkursverwalter Leistung an einen Dritten oder eine über die Rückgewähr des Veräußerten hinausgehende Leistung verlange. Der Konkursverwalter verlangt lediglich Beseitigung der Hypothek den Konkursgläubigern gegenüber und diesen Anspruch kann er nach § 29, 30 Nr. 2 und 37 Abs. 1 der KO. erheben[2]). Daß die Hypothek infolge ihrer Beseitigung auch nicht mehr gegen den neuen Eigentümer geltend gemacht werden kann, während dieser die Hypothek bis zu ihrer Beseitigung gegen

[1]) Zu vgl. z. B. RG. Bd. 32 S. 24, Bd. 34 S. 61.

[2]) Zu vgl. auch RG. Bd. 30 S. 90.

sich gelten lassen muß, ändert nichts, denn es kommt überhaupt nicht darauf an, was für Wirkungen die Beseitigung der Hypothek im Verhältnisse zu Dritten ausübt, sondern nur darauf, ob der Kläger dem Beklagten gegenüber ein Recht auf Beseitigung der Hypothek hat. Die Beseitigung der Hypothek hat nach §§ 875 und 1168 BGB. dadurch zu geschehen, daß der Beklagte den Verzicht auf die Hypothek — dem Grundbuchamt oder dem Eigentümer gegenüber — erklärt und die Löschung der Hypothek im Grundbuch bewilligt.

Urt. des I. CS. vom 4. Mai 1906 i. S. Groß gegen Baumannsche Konkursmasse.

54.

Kann der zum Prozeßbevollmächtigten bestellte Rechtsanwalt die Gebühr des § 37 RAGO. für die Mitwirkung bei einem Sühneversuch i. S. der §§ 608 ff. CPO. in Anspruch nehmen? [1])

Die Frage ist bejaht worden aus folgenden

Gründen:

Daß eine Mitwirkung der klägerischen Prozeßbevollmächtigten in dem der Klage vorausgegangenen Sühneverfahren vorliegend stattgefunden hat, sofern von denselben beim Amtsgericht der Antrag auf Vornahme des vorgeschriebenen Sühneversuchs gestellt wurde, ist außer Streit. Die Civilkammer nimmt an, daß die hienach an sich begründete Gebühr den klägerischen Prozeßbevollmächtigten neben der Prozeßgebühr des § 13 Nr. 1 RAGO. deshalb nicht zustehe, weil dieselben, wenn auch ihre Prozeßvollmacht erst nach dem Sühneversuch ausgestellt sei, doch tatsächlich als von vornherein, d. h. zur Zeit des Sühneverfahrens mit der Prozeßführung beauftragt gewesen anzusehen seien. Dieser allerdings in einer Entscheidung des ersten Civilsenats des Oberlandes-

[1]) Vgl. WürttJ 2 S. 143 ff.

gerichts vom 22. Februar 1889[1]) vertretenen Auffassung kann jedoch nicht beigetreten werden. Vielmehr ist in Uebereinstimmung mit der Entscheidung des Reichsgerichts VII. Senats vom 21. November 1899[2]) anzunehmen, daß eine Anrechnung der Gebühr des § 37 auf diejenige des § 13 Nr. 1 nur in dem in § 37 Abs 2 vorgesehenen Fall der Verhandlung des Rechtsstreits vor dem Amtsgericht, nicht aber auch im Ehescheidungsprozeß vor dem Landgericht stattfindet, und daß bei der Stellung des § 37 im System der Gebührenordnung die Mitwirkung in dem Sühneverfahren auch nicht zu der erst mit der Erhebung der Klage beginnenden Tätigkeit des Anwalts in der Instanz, wie sie durch die Gebühren des § 13 vergütet wird, gerechnet werden kann, jedenfalls dann nicht, wenn, wie hier, der in der Ausstellung der Prozeßvollmacht enthaltene formelle Auftrag zur Klagerhebung erst nach der Beendigung des Sühneverfahrens erteilt worden ist.

Beschl. des II. CS. vom 14. April 1905 i. S. Leins g. Leins. Uebereinstimmend: Beschl. des III. CS. vom 22. Sept. 1906 i. S. Koch g. Koch.

55.

Kann die Gebühr des § 24 RAGO. verlangt werden für Rückgabe einer zwecks vorläufiger Vollstreckbarkeit eines Urteils hinterlegten Sicherheit?

Hierüber sagen die

Gründe

eines Beschlusses:

Die Frage ist bestritten. Der Senat schließt sich[3]) der verneinenden Ansicht an.

[1]) WürttJ. 2, 143.

[2]) RG. 45, 367.

[3]) In Uebereinstimmung mit den bei Mugdan-Falkmann, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 2 S. 269, 4. 270, 5. 227, 7. 226—229 abgedruckten Entscheidungen und gegen die das. Bd. 2 S. 270,

Zweifellos ist zunächst, daß der § 24 GO. den Satz, daß die $^2/_{10}$ Gebühr für den in § 47 Ziff. 16 GKG. erwähnten Antrag auf Rückgabe einer Sicherheit gemäß § 715 CPO. dem Rechtsanwalt immer besonders zustehen soll, nicht enthält. Denn die Frage, was „zur Instanz gehört", ist erst in den §§ 29 ff. GO. geregelt, und nach diesen Vorschriften bestimmt sich, ob eine von dem Prozeßanwalt vorgenommene Tätigkeit, die an sich dem Betrieb des Rechtsstreits hinzuzurechnen ist, als durch die Gebühr des § 13 Ziff. 1 (Prozeßgebühr) abgegolten anzusehen ist. Nun ist allerdings in § 29 Abs. 2 Ziff. 6 der GO. die Ziff. 16 des § 47 GKG. nicht erwähnt worden. Allein daraus kann nicht gefolgert werden, daß der in § 47 Ziff. 16 erwähnte Antrag auf Anordnung der Rückgabe einer Sicherheit im Sinne der GO. nicht zur Instanz gehören solle. Denn wenn hiefür auch zu sprechen scheint, daß im allgemeinen die Instanz mit der Zustellung des Urteils ihr Ende findet[1]), so zeigt doch die Behandlung, welche die (einmalige) Erwirkung des Zeugnisses der Rechtskraft und der Vollstreckungsklausel in § 35 GO. gefunden hat, und nicht minder die Vorschrift des § 29 Ziff. 8 GO., daß dem Prozeßanwalt unter Umständen auch eine, der Urteilszustellung zeitlich nachfolgende Tätigkeit ohne besondere Vergütung vom Gesetz zugemutet wird. Dieselben Erwägungen, welche in derartigen Fällen zur Versagung einer besonderen Gebühr für den Prozeßanwalt geführt haben, müssen aber auch für den hier in Rede stehenden Fall des Antrags auf Rückgabe der Sicherheit gemäß § 715 CPO. umsomehr maßgebend sein, als es sich hier nur um die Rückgängigmachung einer von der Partei zum Zweck der Vollstreckung gemachten Vermögensaufwendung handelt[2]) und für die Tätigkeit der Hin-

---

3. 169, 4. 271, 9. 170, ferner in der Jur. Wochenschrift 1903 S. 119, 1905 S. 511 erwähnten Beschlüsse und gegen Willenbücher, 5. Aufl. S. 111; Meyer-Irmler S. 44 und Walter-Joachim S. 175.

[1]) RG. Bd. 44 S. 360.

[2]) Rechtspr. 4. 270.

terlegung selbst dem Prozeßanwalt keine besondere Gebühr zusteht[1]), wie denn auch im vorliegenden Fall der Anwalt des Klrs. eine Gebühr für die Hinterlegung selbst nicht beansprucht hat, obwohl diese ausweislich der Akten durch ihn erfolgt ist.

Läßt sich also für die gegenteilige Meinung ein bestimmter Gegenschluß aus § 29 Ziff. 6 GO. verbunden mit § 47 GKG. nicht herleiten, so ist andererseits ein solcher Gegenschluß aus § 30 Ziff. 3 GO. verb. mit § 38 Ziff. 2 GKG. zuläſſig und geboten: denn wenn hier zwar der Antrag auf Rückgabe einer Sicherheit gemäß § 109 CPO. als in allen Fällen gebührenberechtigt genannt ist, nicht dagegen der entsprechende Antrag aus § 715 CPO., so läßt sich das nur damit erklären, daß der Gesetzgeber eben den zuletzt genannten Antrag anders behandelt wissen, also hier den Bezug der Gebühr davon abhängig machen wollte, daß dem Anwalt nicht gleichzeitig die Prozeßgebühr zustünde. Für diese Absicht des Gesetzgebers spricht, daß zur Zeit des Entstehens der Novelle zur GO. auf Grund ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts als feststehend angenommen wurde, daß dem Prozeßanwalt für den Antrag auf Rückgewähr der hinterlegten Werte eine besondere Gebühr nicht zustehe[2]). Wäre es also die Meinung der Novelle gewesen, in Zukunft für den Antrag i. S. des § 715 CPO. unter allen Umständen eine besondere Gebühr zu gewähren, so hätte die Erwähnung dieses Antrags in § 30 GO. neben dem Antrag nach § 109 CPO., nicht unterbleiben dürfen.

Beschl. des I. CS. vom 29. Dezember 1905 i. S. Staudenmaier g. Schnabel. Uebereinstimmend: Beschl. des III. CS. vom 5. Febr. 1907 i. S. Roßbach g. Schmid.

[1]) s. u. a. RG. Bd. 9 S. 329, 11 S. 364; Beschluß dieses Senats vom 22. Septbr. 1903 in Sachen Geckendorf gegen Leopold. Beschw.Reg. Nr. 154.

[2]) JW. 1883 S. 278; 1892 S. 372[11]; 1898 S. 437[13]. Gruchots Beiträge Bd. 44 S. 207.

B. in Strafsachen.

15.

Ist selbständige Beschwerde zulässig gegen die Verwerfung eines Ablehnungsgesuchs, wenn das Beschwerdegericht und das zur Urteilsanfechtung zuständige Gericht nicht identisch sind?

Die Frage ist vom Strafsenat verneint worden im Hinblick auf die bestimmte Vorschrift des § 28 Abs. 2 StPO. welche keine Unterscheidung gestattet. Amtsrichter B. war als Vorsitzender für die Verhandlung einer Privatklagesache abgelehnt und von der Strafkammer, welcher das Ablehnungsgesuch zur Entscheidung nach § 27 Abs. 1 Fall 2 vorgelegt war, dieses als unbegründet zurückgewiesen worden; die hiergegen eingelegte Beschwerde wurde vom Strafsenat als unzulässig verworfen in der Erwägung:

1) daß zwar der Regel nach gegen den ein Ablehnungsgesuch zurückweisenden Beschluß gemäß § 28 Abs. 1 StPO. sofortige Beschwerde stattfindet, nach Abs. 2 das. aber eine Ausnahme von dieser Regel für den Fall besteht, wenn das Ablehnungsgesuch gegen einen erkennenden Richter angebracht ist, welchenfalls der ablehnende Beschluß nicht für sich allein, sondern nur mit dem Urteil angefochten werden kann;

2) daß vorliegend das Ablehnungsgesuch tatsächlich gegen einen erkennenden Richter, nämlich gegen den nach Eröffnung des Hauptverfahrens mit der Sache befaßten Amtsrichter, welcher überdies als Vorsitzender der bereits stattgehabten, jedoch vertagten Hauptverhandlung tätig gewesen ist, sich richtet;

3) daß das Gesetz bei dieser Ausnahmebestimmung keinen Unterschied macht, ob das für die Urteilsanfechtung zuständige Gericht ein anderes oder dasselbe ist, welches über das Ablehnungsgesuch bereits entschieden hat, sonach die Verwerfung eines gegen einen erkennenden Richter angebrachten Ablehnungsgesuchs stets nur als Beschwerdegrund bei und mit dem gegen das Urteil an sich zulässigen Rechtsmittel, also hier demjenigen der Berufung geltend gemacht werden kann und kein selbständiges Rechtsmittel hiegegen gegeben ist.

Beschluß vom 12. Dez. 1906 in der Privatklagesache Dr. B. gegen v. M. wegen Beleidigung.

16.

Wann wird der Flaschenbierhandel zum genehmigungspflichtigen Schankwirtschaftsbetrieb?

Aus den Gründen:

Nach dem festgestellten Sachverhalt hat der Angekl., welcher einen Flaschenbierhandel betreibt und die zum Betrieb einer Schankwirtschaft erforderliche polizeiliche Erlaubnis nicht besitzt, während 6 Tagen in einem Steinbruch auf Markung A. an seinen Steinbrucharbeiter H. täglich mindestens 3 Flaschen Bier verkauft; die Bierflaschen hatte er in der im Steinbruch aufgestellten Werkzeughütte aufbewahrt und H. trank das Bier jeweils nach Empfang auf einer vom Angeklagten vor der Werkzeughütte aufgestellten Bank, welche dieser auch seinerseits beim Vespern benützte. Das Bier hatte der Angekl. von Bierbrauern aus A. zwar zum gleichen Preis bezogen, um welchen er es an H. wie an andere Personen abgab, er erhielt aber 14 % des Verkaufspreises vom Bierlieferanten bei der Abrechnung gutgeschrieben und dieses sog. Trinkgeld bildete den Gewinn des Angekl. bei seinem Flaschenbierhandel.

Diese Feststellungen enthalten sämtliche Tatbestandsmerkmale einer Verfehlung im Sinn des § 147 Ziff. 1 vgl. mit § 33 RGewO. und rechtfertigen die ausgesprochene Ver-

urteilung. Diese beruht darauf, daß der Handel des Angekl. mit Flaschenbier in den angeführten Fällen den Charakter der genehmigungspflichtigen Schankwirtschaft angenommen habe und dieser Charakter liegt nach konstanter Rechtsprechung dann vor, wenn ein gewerbsmäßiger Ausschank oder Verkauf des Getränkes zum alsbaldigen Genuß an der Verkaufsstelle erfolgt. Letzteres trifft auch dann zu, wenn der unmittelbare Genuß des verkauften Getränkes zwar nicht im Verkaufsraum selbst oder im Haus des Bierverkäufers, jedoch in einem anstoßenden Raum, Hausflur, Hofraum oder Garten geschieht, oder dort von ihm geduldet wird, wenn also das Getränke mit Wissen und freiwilliger Zulassung des Verkäufers in der nächsten Nähe der Verkaufsstätte auf einem hiefür hergerichteten oder als geeignet auch sonst in Benützung genommenen Platz getrunken bezw. zum Genuß auf der Stelle dorthin verabreicht wird, vgl. Entsch. des RG. bei Reger IX S. 191; Goltd. Arch. Bd. 48 S. 143, 147; Entsch. OLG. München VIII S. 237, X 422; Entsch. OLG. Dresden XVII S. 5, XIV S. 296, XXII 416; Entsch. OLG. Stuttgart vom 28. Dezember 1898 in Rev.sache Müller, vom 13. Nov. 1901 in Rev.sache Butz.

Die erwähnte Voraussetzung ist hier nach den vom Vorrichter getroffenen tatsächlichen Feststellungen gegeben und wenn die Revision behauptet, der Angekl. habe keinen Platz für den Ausschank von Getränken bestimmt und wo sein Arbeiter das Getränke genieße, sei ihm völlig gleichgültig gewesen, so vermag dies seine Strafbarkeit nicht auszuschließen. Denn da er mangels obrigkeitlicher Genehmigung des Bierausschanks zu dessen Unterlassung gerade als Flaschenbierhändler verpflichtet war, so lag ihm auch die Verpflichtung ob, dem sofortigen Genuß des von ihm in Flaschen verkauften Bieres an der Verkaufsstätte selbst oder an einer von ihm in nächster Nähe davon bereitgehaltenen Sitzgelegenheit nach Möglichkeit entgegenzutreten und eine Veranstaltung zu treffen, welche geeignet war, das Trinken des Bieres daselbst auf der Stelle soweit an ihm

lag zu verhindern. Dies hat er nicht getan, er hat die von ihm an die Werkzeughütte, welche zugleich als Bierverkaufsstelle diente, hingestellte Bank dem Bierkäufer H. zur Mitbenützung bei dessen Biergenuß überlassen und wenn er sie auch zu diesem Zweck nicht speziell ihm angewiesen, so hat eben doch mit seinem Wissen und seiner wenn auch stillschweigend gegebenen Erlaubnis der H. die unmittelbar an der Verkaufsstelle befindliche Bank als Trinkplatz benützt und der Angekl. hat durch sein fortgesetztes Dulden solcher Benützung zum Zweck des sofortigen Genusses des bei ihm gekauften Bieres die Verkaufsstelle zugleich zur Schankstätte gemacht. Wer so handelt, betreibt in Wirklichkeit eine Schankwirtschaft und nicht bloß den Handel mit Flaschenbier, sofern auch das Tatbestandsmerkmal des gewerbsmäßigen Betriebs trotzdem die so festgestellte Bierabgabe nur an eine einzige Person geschah vom Vorrichter zutreffend mit dem Hinweis auf die mehrere Tage hindurch täglich je dreimal mit Gewinn erfolgte und auf unbestimmte Zeit berechnete Getränkabgabe als vorhanden angenommen wurde.

Weiterhin macht die Revision geltend, das abgegebene Getränke habe einen Teil des Lohnes des vom Angekl. angestellten Arbeiters gebildet, dieser habe jeden Abend den Arbeitslohn abzüglich des Betrags für das Bier ausbezahlt erhalten. Dieses Schutzvorbringen, welches an sich für die Frage des Vorliegens einer Verfehlung im Sinn der §§ 147. 33 GewO. von Erheblichkeit wäre, findet jedoch in den für das Revisionsgericht bindenden tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz nicht nur keine Stütze sondern seine Widerlegung. Denn in dem angefochtenen Urteil ist ausdrücklich und rechtlich bedenkenfrei festgestellt, der Angekl. habe das Bier in Flaschen an seinen Arbeiter H. verkauft, er habe es — abgesehen von dem sog. Trinkgeld des Lieferanten — zum gleichen Preis an H. abgegeben wie er es selbst vom Bierbrauer bezogen habe. Die anders lautende Darstellung des tatsächlichen Sachverhalts seitens der Revision ist als ein Angriff auf die Beweiswürdigung des Tatrichters in dieser

Instanz nach § 376 StPO. nicht beachtlich, wobei noch darauf hingewiesen werden mag, daß bereits im erstinstanzlichen Urteil festgestellt wurde, der Angekl. habe dem H. bei seiner Einstellung vorgeschlagen, die Flasche Bier ihm um 2 Pfg. billiger zu verkaufen, dafür aber dann für die Arbeitsstunde 2 Pfg. weniger zu bezahlen, welcher Vorschlag von diesem nicht angenommen worden sei, während der Angekl. anderseits mit dem Bierlieferanten einen erhöhten Bierpreis verabredet habe, um den Arbeitern sagen zu können, er gebe ihnen das Bier zum Selbstkostenpreis.

Urteil des Strafsenats vom 3. Oktober 1906 in der Strafsache gegen J. A. in A. wegen Vg. wider die GewO.

17.

Zum subjektiven Tatbestand einer gegenüber einem Kind verübten Beleidigung.

Nach dem festgestellten Sachverhalt hat der Angeklagte auf die von dem Kindsmädchen M. H. ihm erteilte Auskunft, daß das von ihr gehütete, 1 Jahr alte Kind dem Privatkläger H. gehöre, die Bemerkung gemacht: „das Kind habe rote Haare, es sei ein rotes Glockle, sie solle es dem K. sagen" und auf die Entgegnung der dabei anwesenden Frau J., daß das Kindsmädchen es dem K. nicht sagen solle, weiter beigefügt: sie (die H.) dürfe es wohl sagen. Das Kindsmädchen hat die Aeußerung des Angeklagten alsbald der Ehefrau des Privatklägers mitgeteilt und das Berufungsgericht hat übereinstimmend mit der Privatklage in der erwähnten Aeußerung eine Beleidigung des Kindes sowie der Ehefrau des Privatklägers gesehen, sofern die letztere dadurch des ehebrecherischen Verkehrs mit dem Feldschützen Glock wahrheitswidrig bezichtet und das Kind als gesellschaftlich minderwertig und verächtlich hingestellt, ihm der Makel ehebrecherischer Erzeugung nachgesagt wurde, — ein Vergehen der Beleidigung im Sinne der §§ 186, 185, 73 StGB. Die Re-

vision ficht die hierauf gestützte Verurteilung des Angeklagten deshalb an, weil in der kritischen Aeußerung vom Berufungsgericht zugleich eine Beleidigung des 1 Jahr alten Kindes und nicht bloß der Vorwurf des Ehebruchs gegenüber der Ehefrau des Privatklägers gefunden und ferner weil nach der Urteilsbegründung in keiner Weise zum Ausdruck gebracht worden sei, welche Strafe für die Beleidigung der Ehefrau und welche für diejenige des Kindes angenommen wurde.

Anbelangend die ersterwähnte Bemängelung, so verkennt die Revision nicht, daß eine strafbare Beleidigung auch gegenüber einem unmündigen Kind rechtlich möglich ist und der § 185 des StGB. keineswegs voraussetzt, daß der Beleidigte sich der ihm widerfahrenen Ehrenkränkung bewußt geworden, ja daß er überhaupt das Bewußtsein seiner Ehre, geschweige denn das Verständnis für den ehrenkränkenden Charakter der Kundgebung besitzt. Anderseits ist der Revision auch darin beizupflichten, daß die Annahme der Beleidigung eines unmündigen kleinen Kindes das Vorhandensein besonderer Momente regelmäßig voraussetzt; denn häufig wird ein Verhalten oder eine Kundgebung, worin erwachsenen Personen gegenüber unzweifelhaft eine Beleidigung enthalten sein würde, jenem gegenüber nicht als beleidigend, nicht als Ausdruck der Mißachtung oder Geringschätzung, als Angriff auf die menschliche und bürgerliche Geltung der Person zu beurteilen sein. Insbesondere wird mehr als sonst Veranlassung bestehen, das Bewußtsein des Täters von dem ehrenkränkenden Charakter der Kundgebung für das Kind näher zu prüfen und im Bejahungsfall ausdrücklich festzustellen.

Vorliegend ist in dem angefochtenen Urteil wohl der objektive Tatbestand einer Beleidigung des Kindes im Sinn des § 185 StGB. rechtlich bedenkenfrei festgestellt: in den als erwiesen angenommenen Worten des Angeklagten hat dieser, wie im Urteil ausgeführt wird, das Kind als gesellschaftlich minderwertig und verächtlich hingestellt, indem er ihm den Makel ehebrecherischer Erzeugung nachsagte. Diese

Auslegung des Sinnes und Inhalts der Aeußerung des Angeklagten gehört zunächst dem tatsächlichen, in dieser Instanz nicht angreifbaren Gebiet an und auf Grund derselben konnte das Berufungsgericht ohne ersichtlichen Rechtsirrtum die Frage, ob eine Beleidigung des Kindes vorliegt, bejahen. Dagegen erscheint der subjektive Tatbestand einer solchen nicht genügend festgestellt. Zur Annahme einer Beleidigung im Sinn des § 185 gehört nach der subjektiven Seite außer der Vorsätzlichkeit und Widerrechtlichkeit der Handlung das Bewußtsein des Täters vom beleidigenden Charakter seiner Kundgebung gegenüber dem Betroffenen, er mußte wissen, daß die von ihm vorsätzlich gewollte Aeußerung den Ausdruck der Mißachtung gegen das Kind enthalte und daß nicht bloß gegen dessen Mutter der Bezicht des Ehebruchs darin liege. Daß der Angeklagte dieses Bewußtsein hatte, ist dem Berufungsurteil nicht, jedenfalls nicht mit hinreichender Bestimmtheit zu entnehmen, es bestand aber aller Anlaß, eine ausdrückliche Feststellung nach dieser Richtung zu treffen; denn der Angeklagte hat ausweislich der Urteilsgründe vor dem Berufungsgericht wie vor dem Schöffengericht eine Beleidigung des Kindes in Abrede gezogen und die in seiner Aeußerung gelegene Verdächtigung der Ehefrau des Privatklägers konnte auch von der jugendlichen Zeugin H. richtig verstanden werden, — ob auch in der beleidigenden Rückwirkung auf das Kind, besagt das Urteil nicht. Ferner heißt es an zwei Stellen, der Angeklagte habe die Aeußerung leichtfertig hingeworfen, im Uebermut und in der Unüberlegtheit des Angetrunkenen getan, woraus bei seinem Bestreiten einer Beleidigungsabsicht und bei der Besonderheit des Falles, um eine rechtlich unanfechtbare Grundlage für die Annahme einer gleichzeitigen Beleidigung des Kindes zu gewinnen, die Notwendigkeit einer Feststellung jenes Bewußtseins auf Seite des Angeklagten sich ergab. Eine solche liegt aber nicht etwa schon darin, daß in der Schlußfeststellung eine „vorsätzliche und rechtswidrige" Beleidigung des Kindes konstatiert ist, da dieser Schlußfeststellung eine selbständige und ergänzende

Bedeutung gegenüber der Tatsachenfeststellung nicht zukommt und jedenfalls nicht ersichtlich ist, ob das Wort „vorsätzlich" nicht bloß die Vorsätzlichkeit der Kundgebung, sondern auch jenes Bewußtsein zum Ausdruck bringen soll.

Hienach konnte die im Urteil getroffene Feststellung nach der erwähnten Richtung nicht als ausreichend angesehen werden.

Urteil des Straffenats vom 29. Dezember 1906 i. S. Kl. gegen H. wegen Beleidigung.

18.

Die Strafausschließungsgründe im Sinn des Art. 9 des Volksschulgesetzes.

Aus den Gründen:

Nach Art. 7 des Volksschulgesetzes haben die Kinder, die sich bei ihren Eltern aufhalten, die Volksschule des Wohnorts der Eltern zu besuchen. Wird dem Kind von den Eltern ein anderer Aufenthaltsort angewiesen, so hat das Kind die Volksschule seines „zeitlichen Aufenthaltsorts" zu besuchen. Hienach ist der Sohn des Angeklagten, der sich bis zum 18. Juni 1906 bei seinen Eltern in M. aufgehalten hat, bis zu dieser Zeit zum Besuch der dortigen Volksschule verpflichtet gewesen und es ist der Angeklagte nach Art. 9 des Volksschulgesetzes dafür verantwortlich gewesen, daß sein Sohn die dortige Volksschule besuche. Der Bestimmung des Art. 9 (vgl. Art. 4) hat der Angeklagte zuwidergehandelt, indem er seinen Sohn vom 13. bis 16. Juni 1906 der Schule fern gehalten hat. Indessen fragt es sich, ob ein Verschulden des Angeklagten nicht durch die von der Strafkammer festgestellten Tatsachen ausgeschlossen wird. Bei Anwendung des Art. 9 kommen keineswegs nur die Schuldausschließungsgründe der Notwehr und des Notstands in Betracht. Es gibt vielmehr auch sonstige Verhältnisse, unter denen ein Zwang zum Schulbesuch völlig unangebracht und deshalb nicht im Sinn des Volksschulgesetzes gelegen ist, wie z. B.

Todesfälle in der Familie, Geschäfte, mit deren Aufschub Gefahr verbunden ist, Ungunst der Witterung u. s. w. Wenn in solchen Fällen, in denen das Wegbleiben des Kinds von der Schule nach billigem Ermessen als gerechtfertigt erscheint, ein Vater das Kind von der Schule zurückhält, so ist seine Schuld ausgeschlossen.

Falls es nun wahr wäre, daß der Sohn des Angeklagten vom Lehrer ungerecht behandelt worden ist, so daß seine Gesundheit notgelitten hat, ferner daß er erheblich mißhandelt worden ist, daß die Gefahr bestanden hat, er werde weiter mißhandelt und gar nicht mehr unterrichtet, sondern sitzen gelassen werden, so muß es als vollkommen gerechtfertigt anerkannt werden, daß der Angeklagte sich zu einem Wechsel der Schule entschlossen und seinen Sohn vom Besuch der bisherigen Schule zurückgehalten hat. Natürlich durfte der Besuch der neuen Schule nicht verzögert werden. Allein auch in dieser Beziehung ist der Angeklagte entschuldigt, da er sich sofort an das Bezirksschulinspektorat gewendet und als dessen Bescheid ausgeblieben ist, seinen Sohn schon am 18. Juni 1906 in B. angemeldet hat. Wenn also die vom Angeklagten zu seiner Entschuldigung vorgebrachten Tatsachen wahr wären, so würde das Wegbleiben seines Sohnes vom Besuch der M.er Schule in der Zeit vom 13.—16. Juni 1906 gerechtfertigt und eine Schuld des Angeklagten ausgeschlossen sein. Nun sind aber die von ihm angeführten Tatsachen mindestens zum Teil z. B. hinsichtlich des Grads der seinem Sohn zugefügten Mißhandlung objektiv unwahr und vom Angeklagten irrtümlich angenommen. Hinsichtlich dieser Tatsachen fragt es sich (gemäß § 59 Abs. 2 StGB., Art. 49 Z. 2, Art. 1 württ. PolStG.), ob die Unkenntnis des wahren Sachverhalts nicht durch Fahrlässigkeit des Angeklagten verschuldet worden ist. In dieser Beziehung fehlt in dem angefochtenen Urteil eine Feststellung und die bisher getroffenen Feststellungen reichen zu einer Verurteilung aus Art. 9 des Volksschulgesetzes nicht aus. Das Urteil war sonach nebst den ihm zu Grunde liegenden Feststellungen aufzuheben.

Urt. des Strafsenats vom 8. April 1907 in der Strafsache gegen K. L. in M. wegen Uebertretung des Volksschulgesetzes.

19.

Eine Verfehlung wider das Margarinegesetz vom 15. Juni 1897. Ist Palmbutter als Margarine anzusehen?

In dem angefochtenen Urteil hat die Strafkammer festgestellt, der Angeklagte habe als geschäftsführender Teilhaber der Firma J. M. W., Palmbutterfabrik in O., mindestens seit dem Jahre 1900 bis in die neueste Zeit neben anderen Fettprodukten auch fortgesetzt gewerbsmäßig Margarine, nämlich eine dem Butterschmalz ähnliche Zubereitung, deren Fettgehalt nicht ausschließlich der Milch entstammt, aus Kokosnußfett, Sesamöl und gelbem Farbstoff zu Handelszwecken vorsätzlich hergestellt und unter dem Namen Palmbutter wissentlich feilgehalten und verkauft und habe es unterlassen, der Margarine den vorgeschriebenen Zusatz von 10% Sesamöl beizufügen, der zuständigen Behörde die in § 7 Abs. 1 des Ges. vom 15. Juni 1897 vorgeschriebene Anzeige zu erstatten, die Inschrift „Margarine“ und den vorgeschriebenen bandförmigen Streifen von roter Farbe an den Gefäßen, worin die Margarine gewerbsmäßig verkauft wurde, anzubringen, endlich die Bezeichnung „Margarine“ in den öffentlichen Angeboten, Rechnungen und sonstigen im Handelsverkehr üblichen Schriftstücken anzuwenden. Hienach hat die Strafkammer den Angeklagten eines Vergehens im Sinne des § 14 Abs. 1 Ziff. 3 vergl. mit § 6 und dreier Uebertretungen im Sinne des § 17 Z. 1, § 18 vergl. mit § 2 Abs. 1, § 18 vergl. mit § 5 des Reichsgesetzes betr. den Verkehr mit Butter, Käse, Schmalz und deren Ersatzmitteln vom 15. Juni 1897 für schuldig erklärt.

Gegen dieses Urteil hat der Angeklagte Revision eingelegt mit der Begründung, daß die Bestimmungen des Mar-

garinegesetzes, insbesondere des § 1 dieses Gesetzes zu Unrecht angewendet worden seien.

Das von dem Angeklagten hergestellte und unter der Bezeichnung W.s Palmbutter oder W.s Bäcker-Palmbutter in den Handel gebrachte Erzeugnis ist eine weiche, gelbe Masse, die aus Kokosnußfett (dem unverfälschten Fett der Kokospalme) annähernd 2% Sesamöl und einem gelben Farbstoff (Azofarbstoff, einem Teerprodukt) besteht und ausschließlich zum Genusse für Menschen bestimmt ist.

Von der Revision wird in erster Linie bestritten, daß diese Palmbutter als Margarine anzusehen sei: Nach § 1 Abs. 2 des Ges. sind Margarine im Sinne des Gesetzes diejenigen, der Milchbutter oder dem Butterschmalz ähnlichen Zubereitungen, deren Fettgehalt nicht ausschließlich der Milch entstammt. Mit Rücksicht auf diesen Wortlaut der Begriffsbestimmung Margarine ist die auch von der Revision vertretene Ansicht aufgestellt worden, daß Zubereitungen, deren Fettgehalt überhaupt nicht der Milch entstammt, auch nicht als Margarine angesehen werden können. Diese Ansicht entspricht jedoch nicht dem Sinn des Gesetzes, wie mit Sicherheit aus dessen Begründung zu entnehmen ist. Denn dort ist ausdrücklich hervorgehoben, der Tatbestand, daß der Fettgehalt einer der Butter oder dem Butterschmalz ähnlichen Zubereitung nicht ausschließlich der Milch entstamme, sei selbstverständlich nicht nur dann erfüllt, wenn das betreffende Erzeugnis aus Milchfett und anderen Fettsubstanzen zusammengesetzt sei, sondern auch dann, wenn überhaupt kein Milchfett sich darin vorfinde, so daß auch Margarine, zu deren Herstellung Milchfett gar nicht verwendet worden sei, den Bestimmungen des Gesetzes unterliege (vgl. Stenogr. Berichte über die Verhandlungen des Reichstags IV. Session 1895/97, I. Anlageband S. 295). Hieraus ist zu entnehmen, daß die im Gesetz enthaltene Begriffsbestimmung auf einer zur Herbeiführung von Mißverständnissen geeigneten Ausdrucksweise beruht, während nach dem wahren Sinne des Gesetzes auch solche Erzeugnisse als Margarine angesehen werden können,

zu deren Herstellung kein Milchfett verwendet wurde. Auf denselben Standpunkt hat sich auch das Reichsgericht, 3. Strafsenat in einem am 15. Januar 1906 verkündeten Urteil gestellt.

Da die Palmbutter, wie von der Strafkammer in einwandfreier Weise festgestellt ist, als eine Zubereitung im Sinne des Gesetzes angesehen werden muß, so steht weiter in Frage, ob diese Zubereitung der Butter oder dem Butterschmalz ähnlich ist. Bei Beantwortung dieser Frage ist die Strafkammer davon ausgegangen, es liege eine Aehnlichkeit dann vor, wenn die Uebereinstimmung mehrerer Merkmale so weit gehe, daß dem gewöhnlichen Abnehmer (z. B. dem Bäcker oder Konditor) im Gegensatz zu einem Sachverständigen (z. B. einem Chemiker oder Produzenten) die Ware als Butter oder Butterschmalz verkauft werden könne. Damit ist der Begriff der Aehnlichkeit in rechtsirrtumsfreier Weise festgestellt. Wenn sodann die Strafkammer weiter angenommen hat, eine Aehnlichkeit zwischen Palmbutter und Butterschmalz liege vor, weil Palmbutter und Butterschmalz in Beziehung auf die Farbe, Konsistenz und Körnigkeit der Masse, ferner in Hinsicht auf Abstechbarkeit und Streichbarkeit so gleichartig seien, daß sie von dem gewöhnlichen Abnehmer verwechselt werden können, so beruht diese Feststellung auf tatsächlichen Erwägungen und ist daher einer Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen. Die Annahme der Strafkammer, daß die von dem Angeklagten hergestellte und in Verkehr gebrachte Palmbutter als Margarine im Sinne des Gesetzes anzusehen sei, läßt daher in keiner Weise einen Rechtsirrtum erkennen.

Die weitere zur Begründung der Revision aufgestellte Behauptung, die Palmbutter sei ein unverfälschtes Pflanzenfett, das unter der seinem Ursprung entsprechenden Bezeichnung in den Handel gebracht werde und deshalb nach Abs. 4 Satz 2 des § 1 der Bestimmungen des Gesetzes nicht unterliege, kann ebenfalls nicht als richtig anerkannt werden. In dem oben genannten Abs. 4 ist zunächst die Begriffsbestim-

mung des Kunstspeisefetts dahin gegeben, daß Kunstspeisefett im Sinne des Gesetzes diejenigen dem Schweineschmalz ähnlichen Zubereitungen seien, deren Fettgehalt nicht ausschließlich aus Schweinefett bestehe; im unmittelbaren Zusammenhang mit dieser Begriffsbestimmung fährt das Gesetz in Satz 2 fort: „Ausgenommen sind unverfälschte Fette bestimmter Tier- oder Pflanzenarten, welche unter den ihrem Ursprung entsprechenden Bezeichnungen in den Verkehr gebracht werden." Die Revision macht nun geltend, diese Ausnahmebestimmung beziehe sich auf den ganzen § 1 und sei nur infolge eines Redaktionsversehens in den Abs. 4 eingefügt worden. Allein diese Annahme geht fehl. Gegen ein derartiges Versehen spricht einmal der Umstand, daß schon im Entwurf des Gesetzes diese Ausnahmebestimmung als Satz 2 in den Abs. 4 des § 1 aufgenommen war und daß diese Stellung der Ausnahmebestimmung weder in der Kommission noch in den Verhandlungen des Reichstags von irgend einer Seite bemängelt worden ist; es fehlt daher an jedem Anhaltspunkt für die Annahme eines Redaktionsversehens. Daß ein solches Versehen aber überhaupt nicht in Frage kommen kann, geht aus der Begründung des Gesetzes mit Sicherheit hervor. Denn dort (vergl. Stenogr. Berichte über die Verhandlungen des Reichstags 1895/97, I. Anlageband S. 295 Spalte 2 oben) ist gesagt: „Nach der Begriffsbestimmung in Abs. 4 würden an und für sich auch alle dem Schweineschmalz ähnlichen reinen Tier- und Pflanzenfette als Kunstspeisefett zu betrachten und demgemäß im Verkehr zu bezeichnen sein (Gänseschmalz, gebleichtes Pferdefett, Kokosnußbutter, Palmkernfett u. s. w.). Es liegt jedoch kein Anlaß vor zu verhindern, daß derartige Fette unter richtigem, ihrem Wesen entsprechenden Namen in den Handel gebracht werden, da in diesem Falle eine Täuschung des Publikums ausgeschlossen ist, und ein unlauterer Wettbewerb gegenüber den Produzenten und Verkäufern anderer Fette nicht vorliegt." Aus dieser Gesetzesbegründung ist mit Sicherheit zu entnehmen, daß die Ausnahmebestimmung nur für die dem Schweine-

schmalz ähnlichen reinen Tier- und Pflanzenfette Geltung haben soll, nicht aber für die der Milchbutter oder dem Butterschmalz ähnlichen Zubereitungen. Der gesetzgeberische Grund für diese Einschränkung der Ausnahmebestimmung war offenbar der, daß für Milchbutter und Butterschmalz ein weitergehender Schutz für notwendig erachtet wurde als für das billige Speisefett. Unter diesen Umständen kann auch nicht eine analoge Anwendung der Ausnahmebestimmung auf die der Milchbutter oder dem Butterschmalz ähnlichen Zubereitungen in Frage kommen.

Die Strafkammer hat daher keineswegs gegen das Gesetz verstoßen, indem sie diese Ausnahmebestimmung für nicht anwendbar erklärt hat und auf die Frage, ob die von dem Angeklagten hergestellte Palmbutter als ein unverfälschtes Pflanzenfett anzusehen sei, nicht eingegangen ist.

Urteil des Strafsenats vom 15. April 1907 gegen J. Kl. in St. wegen Vergehens gegen das Ges. betr. den Verkehr mit Butter, Käse, Schmalz u. s. w. vom 15. Juni 1897.

20.

Eine Verfehlung wider die Maß- und Gewichtsordnung im Apothekenbetrieb.

Aus den Gründen:

Die im Urteil der Strafkammer zur Anwendung gelangte Bestimmung in § 369 Abs. 1 Z. 2 RStGB. steht im Zusammenhang mit dem Art. 10 Abs. 1 und 2 der seit 1871 in Württemberg eingeführten Maß- und Gewichtsordnung für den Norddeutschen Bund vom 17. August 1868, wonach „zum Zumessen und Zuwägen im öffentlichen Verkehr nur in Gemäßheit dieser Maß- und Gewichtsordnung gehörig gestempelte Maße, Gewichte und Wagen angewendet werden dürfen" (Abs. 1) und wonach der Gebrauch unrichtiger Maße, Gewichte und Wagen untersagt ist, auch wenn dieselben im übrigen den Bestimmungen dieser Maß- und

Gewichtsordnung entsprechen, wonach ferner die näheren Bestimmungen über die äußersten Grenzen der im öffentlichen Verkehr noch zu duldenden Abweichungen von der absoluten Richtigkeit durch den Bundesrat erfolgen (Abs. 2). Eben dieser Vorschrift der Maß- und Gewichtsordnung will der § 369 Abs. 1 Z. 2 RStGB. den strafrechtlichen Nachdruck geben und nach dem Ausdruck „vorgefunden" kann nicht zweifelhaft sein, daß schon der Besitz nicht gehörig gestempelter Gewichte mit Strafe bedroht ist, daß es also auf deren Benützung im Einzelfall an sich nicht ankommt. Die Strafbestimmung geht über das Verbot des Art. 10 Abs. 1 wegen der Schwierigkeit des Nachweises des Gebrauchs hinaus und bedroht nicht erst das Zuwägen und Zumessen mit nicht gehörig gestempelten Maßwerkzeugen im öffentlichen Verkehr, also den Gebrauch eines solchen Werkzeugs sondern schon den Besitz eines solchen bei Gewerbetreibenden.

Mit dem Besitz eines ungestempelten oder nicht gehörig gestempelten Maßwerkzeugs ist demnach die Uebertretung vollendet, falls nur die weiteren Tatbestandsmerkmale zutreffen. Diese erfordern zunächst das Vorfinden „bei dem Gewerbetreibenden" als solchem, also in seinen Geschäftsräumen und nicht etwa auch in den von letzteren vollständig getrennten Privaträumen des Gewerbetreibenden, weiterhin das Geeignetsein zum Gebrauch in dem Gewerbe des Gewerbetreibenden, so daß also nicht die etwaige Bestimmung zu einem bestimmten Gebrauch sondern lediglich das Geeignetsein zum Gebrauch im Gewerbe das entscheidende Moment bildet und die Strafbarkeit nur dann ausgeschlossen wäre, wenn nach der Natur und dem Geschäftsgebrauch des im Einzelfall vorliegenden Gewerbes die Möglichkeit, das Meßwerkzeug zum Zuwägen oder Zumessen im öffentlichen Verkehr im Sinn des zit. Art. 10 der Maß- und Gewichtsordnung zu benützen, überhaupt nicht gegeben wäre. Endlich erfordert der Tatbestand der Uebertretung im Sinn des § 369 Abs. 1 Ziff. 2, daß die vorgefundenen Meßwerkzeuge entweder nicht mit dem gesetzlichen Aichungsstempel versehen, oder unrichtig d. h. ab-

gesehen von den für zulässig erklärten Fehlergrenzen dem Normalgewicht bezw. -Maß nicht entsprechend sind. In der letzterwähnten Richtung sind in der gemäß zit. Art. 10 Abs. 2 erlassenen Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 27. Juli 1885 (RGesBl. S. 263) die äußersten Grenzen der im öffentlichen Verkehr noch zu duldenden Abweichungen der Maße und Meßwerkzeuge, Gewichte und Wagen von der absoluten Richtigkeit festgesetzt und zwar je gesondert für sog. Präzisionsgewichte und für Handelsgewichte, ferner in der auf Grund des Art. 18 der Maß- und Gewichtsordnung von der Kaiserlichen Normal-Aichungskommission erlassenen Aichordnung vom 27. Dezember 1884 für das Deutsche Reich, in welcher zugleich die frühere auf Medizinalwagen und Medizinalgewichte bezügliche Bekanntmachung dieser Kommission vom 24. Oktober 1882 (S. 418) ausdrücklich aufrecht erhalten worden ist, vgl. RGesBl. 1885 Beil. zu Nr. 5. In dieser ist bestimmt, daß in den Offizinen (Arzneiverkaufslokalen) der Apotheker andere als Präzisionswagen nicht vorhanden sein dürfen, dagegen in allen übrigen Geschäftsräumen der Apotheken neben den Präzisionswagen solche Handelswagen zuläßig sind, bei welchen die größte einseitige Tragfähigkeit oder größte zuläßige Last nicht weniger als 1 kg beträgt. Ebenso ist in der unter Bezugnahme auf die erwähnten Bekanntmachungen der Aichungskommission sowie des Reichskanzlers auf Grund des § 369 Z. 2 RStGB. und Art. 51 LandespolStG. erlassenen Verfügung des Ministeriums des Innern vom 29. März 1886 RegBl. S. 91 betr. die Gewichte und Wagen der Apotheken vorgeschrieben, daß in den Offizinen der Apotheken und in den Dispensatorien, ebenso in den Arbeitszimmern zur Herstellung der Potenzen in den homöopathischen Apotheken für Rezeptur und Handverkauf nur Gewichte und Wagen vorhanden sein und in Anwendung kommen dürfen, welche mit dem Präzisionsaichungsstempel versehen sind, während in den übrigen Geschäftsräumen der Apotheken außer den Präzisionsgewichten und Wagen Handelsgewichte und Handelswagen der

oben beschriebenen Art bezüglich der größten Tragfähigkeit zugelassen sind.

Nun stellt das angefochtene Urteil fest, daß die beanstandeten Präzisionsgewichte bei der Visitation der Apotheke des Angeklagten vorgezeigt wurden, daß sie zuvor von letzterem aus dem Arzneiverkaufslokal in das daneben befindliche Laboratorium verbracht und dort bei seinem Geschäftsbetrieb nur für grobe Wägungen als Handelsgewichte verwendet worden waren und zwar weil sie nach der Ansicht des Angeklagten die zugelassenen Verkehrsfehlergrenzen für Präzisionsgewichte unterschreiten könnten, endlich daß sie zurzeit ihrer Auffindung durch den Visitator zum Gebrauch im Gewerbebetrieb des Angekl. als Apotheker geeignet waren. In dem erwähnten Laboratorium wurden Apothekerwaren hergestellt, die hernach im Arzneiverkaufslokal an das Publikum abgegeben wurden und bei Herstellung dieser Waren kamen auch Wägungen mit Gewichten vor, wenn auch im Laboratorium selbst dem Publikum keine Waren zugewogen wurden. Es ist ferner festgestellt, daß von den aus dem Laboratorium für den Visitator herbeigeholten Präzisionsgewichten, welche sämtlich mit dem Präzisionsaichungsstempel versehen waren, sieben derselben die erlaubte Verkehrsfehlergrenze für Präzisionsgewichte unterschritten, nicht aber auch diejenige für Handelsgewichte, indes den für letztere vorgeschriebenen Aichungsstempel nicht trugen. Im Berufungsurteil ist sodann ausgeführt, daß zu den Orten, welche dem öffentlichen Verkehr des Gewerbetreibenden mit dem Publikum dienen und in welchen gemäß Art. 10 Maß- und GewO. um eine Strafbarkeit zu begründen, ordnungswidrige Meßwerkzeuge sich vorgefunden haben müssen, nicht bloß die Geschäftsräume zählen, in welchen der Gewerbetreibende dem Publikum Waren zuwägt, sondern auch Geschäftsräume, in welchem er wie vorliegend Waren seines Gewerbes herstellt, die dazu bestimmt sind, an das Publikum abgegeben zu werden, besonders wenn diese Räume, wie es beim Laboratorium des Angekl. zutrifft, in unmittelbarer Nähe des zum Ver-

kehr mit dem Publikum bestimmten Verkaufslokal sich befinden, so daß die Art der Verwahrung der Gewichte die Möglichkeit ihrer Verwendung in dem Verkaufslokal beim Verkehr mit dem dort anwesenden Publikum nicht ausschließt.

Dieser Auslegung des Vorrichters ist beizutreten. Die Strafbestimmung bezweckt nach der Absicht des Gesetzgebers den erforderlichen Schutz des kaufenden Publikums vor Benachteiligungen durch unrichtige Maße und Gewichte und deshalb ist, worauf der Wortlaut der Strafbestimmung unzweideutig hinweist, der Tatbestand auch dann als gegeben anzusehen, wenn die betreffenden Meßwerkzeuge zwar nicht zum Zuwägen oder Zumessen im Verkehr mit den Kunden, also im Verkaufslokal selbst benützt werden, aber doch nach ihrer Zweckbestimmung und mit Rücksicht auf die in allen Apotheken übliche Art ihrer Verwendung auch zum Verkehr mit dem Publikum, zum Abwägen chemischer Stoffe und bei Bereitung von später abzugebenden Präparaten benutzbar sind, z. B. räumlich in solcher Nähe vom Verkaufslokal sich befinden, daß sie im Bedarfsfall leicht herbeigeholt und verwendet werden können. Diese Auffassung ist zugleich die in der Doktrin wie in der Rechtsprechung anerkannte, vgl. Olshausen § 369 Z. 2 Note d, e, Oppenhoff eod. N. 12, 15, 16, Stenglein eod. N. 2, 4; Goltdammer Archiv Bd. 39 S. 357, Bd. 41 S. 298, Entsch. OLG. Dresden Bd. 19 S. 128, Entsch. OLG. München Bd. 7. 469, Bd. 6. 471 und 69.

Ein Fall der vorerwähnten Art ist aber vorliegend rechtlich einwandfrei festgestellt und hienach der Tatbestand einer Uebertretung i. S. des § 369 Z. 1 StGB. nach der objektiven Seite erfüllt. Der von der Revision hervorgehobene Umstand, daß die fraglichen Gewichte nicht im Verkaufslokal, nicht an solchen Orten, in welchen der Angeklagte öffentlichen Verkehr pflegte, vorgefunden wurden, vermag nach dem Ausgeführten angesichts der weitergehenden tatsächlichen Feststellung des Vorrichters den Ausschuß der Strafbarkeit nicht zu begründen.

Der objektive Tatbestand erleidet auch dadurch keinen Eintrag, daß die fehlerhaften Präzisionsgewichte zurzeit ihrer Auffindung nicht als solche, sondern als sog. Handelsgewichte, für welche die innezuhaltenden Fehlergrenzen nach der Aichordnung vom 27. Dezember 1884 §§ 35—47 weniger eng gezogen sind und noch eingehalten waren, tatsächlich verwendet wurden und daß sie mit dem Präzisionsstempel versehen waren. Denn in der Eigenschaft als Präzisionsgewichte waren sie, wie feststeht, „unrichtige“ Gewichte im Sinn des Gesetzes, weil die zulässige Verkehrsfehlergrenze unterschreitend, und für eine Verwendung als Handelsgewichte ermangelte der für solche vorgeschriebene besondere Aichungsstempel an ihnen. Als unzutreffend ist die Behauptung der Revision zu erachten, daß ein als Präzisionsgewicht gestempeltes Gewicht ohne weiteres und von selbst als Handelsgewicht gestempelt und benützbar zu gelten habe, wenn es auch als Präzisionsgewicht unbrauchbar geworden sei. Denn die Aichordnung hat nun einmal für jede dieser beiden sowie auch für andere Gewichtsarten genau vorgezeichnete Stempel bestimmt, die Präzisionsgewichte auch nicht etwa als eine bloße Unterart der Handelsgewichte erklärt und behandelt, sondern als zwei selbständige Arten einander gegenübergestellt und der für die Strafbestimmung maßgebende Art. 10 der Maß- und Gewichtsordnung besagt ausdrücklich, daß zum Zumessen oder Zuwägen im öffentlichen Verkehr nur in Gemäßheit der Maß- und Gewichtsordnung „gehörig gestempelte“ Gewichte „angewendet“ werden dürfen. Hiernach waren die 7 Gewichtsstücke zwar als Präzisionsgewichte gesetzlich gestempelt aber „unrichtige“ Gewichte und als Handelsgewichte waren sie zwar richtig, dem Normalgewicht entsprechend, aber nicht „mit dem gesetzlichen Aichungsstempel versehen“, — der objektive Tatbestand ist sonach ohne ersichtlichen Rechtsirrtum als vorliegend angenommen worden.

Das Berufungsgericht hat weiterhin in zutreffender Begründung das Vorliegen des subjektiven Tatbestandes bejaht,

ein schuldvolles Verhalten des Angeklagten als Gewerbetreibenden und zwar eine vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen die ergangenen Vorschriften festgestellt. Gegen diesen Teil des Berufungsurteils ist auch von der Revision eine Bemängelung nicht geltend gemacht und die von Amtswegen vorzunehmende Nachprüfung läßt gleichfalls keinen Rechtsverstoß erkennen. Hienach konnte die gegen die Verurteilung des Angekl. eingelegte Revision einen Erfolg nicht haben.

Urteil des Strafsenats vom 29. April 1907 in der Strafsache gegen R. St. wegen Uebertretung im Sinn des § 369 Z. 1 StGB.

II.

Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs.

24.

Die Berechnung der Frist zur Einlegung der Rechtsbeschwerde.

Aus den Gründen:

Nach Art. 28 des Gemeindesteuergesetzes vom 8. Aug. 1903 haben bei mehrfachem Wohnsitz eines Steuerpflichtigen in Württemberg die beteiligten Gemeinden das Besteuerungsrecht aus dem Einheitssatz der staatlichen Einkommensteuer zu gleichen Teilen und nach Art. 32 Abs. 5 dieses Gesetzes steht hinsichtlich der Verteilung des Einheitssatzes sowohl den Steuerpflichtigen als den beteiligten Gemeinden das Recht der Beschwerde nach Maßgabe der Art. 57—64 des Einkommensteuergesetzes zu. Die Statthaftigkeit der Rechtsbeschwerde ist hiernach nicht zu beanstanden. Nach dem für maßgebend erklärten Art. 64 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes ist die Beschwerde binnen der Notfrist von zwei Wochen von der Zustellung der Entscheidung an schriftlich bei dem Verwaltungsgerichtshof oder dem Ministerium einzulegen und zu begründen; im übrigen gelten für die Berechnung dieser Frist gemäß Art. 64 Abs. 3 des Einkommensteuergesetzes in Verbindung mit Art. 72 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 16. Dezember 1876 und § 222 der Zivilprozeßordnung die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuchs in §§ 187 und 188. Im vorliegenden Falle, wo für

den Anfang der Frist ein in den Lauf eines Tages fallendes Ereignis maßgebend ist, endigt daher die nach Wochen bestimmte Frist mit dem Ablauf desjenigen Tages der letzten Woche, der durch seine Benennung dem Tage entspricht, in den das Ereignis fällt. Hiernach ist die am Mittwoch den 13. Februar 1907 beginnende zweiwöchige Notfrist am Mittwoch den 27. Februar 1907 zu Ende gegangen. Die Rechtsbeschwerde kam erst am darauffolgenden Tage bei dem K. Ministerium des Innern ein. Die Versäumung der Frist hat gemäß Art. 60 Abs. 3 und 4 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes, ohne daß eine Belehrung über das Beschwerderecht und die Beschwerdefrist erforderlich wäre, den Verlust des Rechtsmittels zur Folge.

Urteil vom 27. März 1907 in der Rechtsbeschwerdes. der Gemeinde G.

25.

Inwieweit sind besondere inländische Betriebskosten bei der Einschätzung eines sich über mehrere Staatsgebiete erstreckenden Gewerbebetriebs zur Einkommensteuer zu berücksichtigen?

Die Gründe besagen:

Nach Art. 64 des Einkommensteuergesetzes ist in Einkommensteuersachen die Rechtsbeschwerde nur mit der Einschränkung statthaft, daß in bezug auf die Höhe der Steuerveranlagung solche tatsächliche Feststellungen, welche durch Schätzung gewonnen werden, der Nachprüfung des Verwaltungsgerichtshofs nicht unterliegen. Soweit sich also die Ministerialentscheidung auf zutreffenden Grundlagen im Gebiete der Schätzung bewegt, kann sie mit der Rechtsbeschwerde nicht angefochten werden, dagegen ist die Rechtsbeschwerde nicht ausgeschlossen, wenn die Schätzung auf unrichtigen tatsächlichen Unterlagen beruht oder der erforderlichen Unterlagen entbehrt, oder einen gesetzlich nicht zulässigen Maßstab verwendet (vergl. Götz, Einkommensteuergesetz S. 283).

Unzweifelhaft kann die Frage, wie viel von dem Gesamtgewinn der Beschwerdeführerin auf den württembergischen Geschäftsbetrieb entfällt, nur durch Schätzung entschieden werden; soweit die Schätzung der Steuerbehörden von gesetzlich einwandfreien Voraussetzungen ausgeht, ist ihr Ergebnis der verwaltungsgerichtlichen Anfechtung entzogen. Ueber die Art und Weise, wie im vorliegenden Falle die Schätzung vorzunehmen ist, fehlen bestimmte gesetzliche Vorschriften; dagegen hat die Vollzugsverfügung des Finanzministeriums vom 9. Juni 1904 einzelne Anhaltspunkte aufgestellt in § 9 Abs. 1 für das Einkommen aus Handel und Gewerbe im allgemeinen und in § 13 Ziff. 2 für das Einkommen der juristischen Personen im besonderen; namentlich ist in der letzteren Bestimmung für Aktienversicherungsgesellschaften, die ihre Geschäfte außerhalb und innerhalb Württembergs betreiben, das Verhältnis der in Württemberg aufkommenden zu der gesamten Prämieneinnahme ohne weitere Voraussetzungen oder Einschränkungen als ein geeigneter Verteilungsmaßstab empfohlen. Wenn die Steuerbehörden im vorliegenden Falle diesen Verteilungsmaßstab ausschließlich zur Anwendung gebracht haben, so kann ihnen keinenfalls ein Verstoß gegen irgend eine gesetzliche Vorschrift zum Vorwurf gemacht werden. Auch mit dem Wesen einer sachgemäßen Schätzung steht die ausschließliche Verwendung dieses Maßstabs unter den vorliegenden Umständen nicht im Widerspruch. Die vom Gesetze nirgends vorgeschriebene Berücksichtigung der besonderen Betriebskosten wird sich nicht umgehen lassen, wenn die Verschiedenheit der Betriebskosten bei dem inländischen und ausländischen Geschäftsbetrieb so erheblich ist, daß dadurch das Gewinnergebnis bei dem inländischen und ausländischen Betriebe wesentlich beeinflußt wird. Diese Voraussetzung aber trifft nach den Ausführungen der Beschwerdeführerin in Ansehung der in Frage stehenden Feuerlöschbeiträge nicht zu; der Unterschied zwischen dem auf Württemberg tatsächlich entfallenden Betrag und dem sich im Durchschnitt für den württembergischen Betrieb ergebenden Betrag ist so wenig erheblich, daß die Mög-

lichkeit einer Ausgleichung bei anderen Betriebskosten unterstellt werden darf und eine Einschränkung des durchgreifenden Verteilungsmaßstabs nicht ohne weiteres als geboten erscheint.

Urteil vom 3. April 1907 in der Rechtsbeschwerdes. der U., Allgem. Versich. AG. in B.

26.

Passivlegitimation bei einer Klage auf Feststellung des Rechts, einen Weg als einen öffentlichen zu benützen.

Aus den Gründen:

Der Unterrichter hat die Klage wegen mangelnder Passivlegitimation abgewiesen, weil seiner Ansicht nach nicht die politische Gemeinde L., sondern die Teilgemeinde W. hätte verklagt werden sollen. Dieser Ansicht muß der Verwaltungsgerichtshof beitreten.

Die Gemeinde L. ist eine zusammengesetzte Gemeinde im Sinne des Gesetzes vom 17. September 1853 (RegBl. S. 389); sie besteht aus sieben Teilgemeinden je mit eigener juristischer Persönlichkeit und abgesonderter Markung; zu diesen gehört die Teilgemeinde W. Die stimmberechtigten Bürger dieser Teilgemeinde haben am 3. März 1888 beschlossen, die Besorgung der örtlichen Angelegenheiten den Gesamtgemeindekollegien von L. zu übertragen, und die Regierung des Jagstkreises hat diese Uebereinkunft durch Erlaß vom 25. September 1888 genehmigt. Der Gesamtgemeinderat von L. vertritt demnach nicht nur die Gesamtgemeinde L., sondern ist auch statutarischer Vertreter der Teilgemeinde W. In § 4 des Ortsstatuts der Gemeinde L. vom 9. Dez. 1855 ist in Uebereinstimmung mit Art. 7 des Gesetzes vom 17. September 1853 bestimmt, daß die Besorgung der rein örtlichen Angelegenheiten der Teilgemeinden den letzteren selbst zustehe. Nach Art. 3 des angeführten Gesetzes kommt dagegen die Verwaltung der polizeilichen Angelegenheiten innerhalb des ganzen Gemeindebezirks den gesetzlichen Organen

der Gesamtgemeinde zu, welcher auch der Aufwand hiefür obliegt.

Wie schon der Unterrichter mit Recht ausgeführt hat, sind die Erlassung des Wegverbots und die Anbringung der Verbotstafeln Akte der Polizei gewesen, zu deren Vornahme das Schultheißenamt L. zuständig war. (Zu vergl. § 368 Ziff. 9 StrGB. und Art. 20 des württ. Pol.Strafgesetzes in Verbindung mit Art. 10 des Gesetzes vom 12. August 1879, Reg.Bl. S. 153). Die Erlassung des Wegverbots durch das Schultheißenamt trägt aber nur den Charakter einer vorläufigen polizeilichen Verfügung, die aus der Befugnis der Polizeibehörden hervorgeht, bezüglich der Benützung öffentlicher oder privater Wege, sofern hiezu Anlaß vorliegt, die geeigneten Verfügungen zu treffen, vorbehältlich der endgültigen Entscheidung über die Benützung eines Wegs im Rechtsweg. Eine solche vorläufige polizeiliche Verfügung hat sich nach den Rechtsgrundsätzen zu richten, welche nach der der Polizeibehörde vorliegenden Sachlage mit überwiegender Wahrscheinlichkeit in Betracht kommen; sie kann daher nicht durch eine verwaltungsgerichtliche Klage gegen die Gemeinde, deren Organ in seiner Eigenschaft als Polizeibehörde das Verbot erlassen hat, sondern nur durch eine Beschwerde bei der vorgesetzten Aufsichtsbehörde angefochten werden, welche selbstverständlich auch nur eine vorläufige Entscheidung erlassen kann. Soll die Frage, ob einem Weg die Eigenschaft eines öffentlichen zukommt, und das daraus hervorgehende Recht zu seiner Benützung endgültig entschieden werden, so muß die Klage gegen die Gemeinde, auf deren Markung der strittige Weg liegt, gerichtet werden, sofern auch sie die in Anspruch genommene Benützung des Wegs bestreitet. Da nun die Teilgemeinde W. eine eigene Markung und selbständige Rechtsfähigkeit hat, da ihr ferner die Verwaltung der rein örtlichen Angelegenheiten statutarisch obliegt, so hängt es tatsächlich von ihren Organen ab, ob sie die Eigenschaft des strittigen Wegs als eines öffentlichen bestreiten will, und wenn, wie dies der Gesamtgemeinderat L. in seiner

Eigenschaft als statutarischer Vertreter der Teilgemeinde W. getan hat, dies in Wirklichkeit geschieht, so ist die verwaltungsgerichtliche Klage gegen die Teilgemeinde W. und nicht gegen die politische Gemeinde L. zu richten. Der Berufung mußte daher der Erfolg versagt werden.

Urteil vom 13. Februar 1907 in der Beruf.-Sache des Fürsten Ch. K. zu H. g. die polit. Gemeinde L.

27.

Beiziehung zur Handwerkskammerumlage.

Die Gründe besagen:

In erster Linie ist die Zulässigkeit der eingelegten Rechtsbeschwerde zu prüfen. Nach § 103 n Abs. 1 der Gewerbeordnung finden auf die Handwerkskammern unter anderem die Bestimmungen des § 89 Abs. 3 und 4 entsprechende Anwendung. Der von den Innungen handelnde § 89 bestimmt in Abs. 3, daß die auf Grund des Statuts zur Deckung der Kosten umgelegten Beiträge auf Antrag des Innungsvorstands auf dem für die Beitreibung der Gemeindeabgaben landesrechtlich vorgesehenen Wege zwangsweise eingezogen werden, und fährt dann im Abs. 4 fort: „Streitigkeiten wegen Entrichtung von Beiträgen ... entscheidet die Aufsichtsbehörde. Die Entscheidung kann binnen zwei Wochen durch Beschwerde bei der höheren Verwaltungsbehörde angefochten werden; diese entscheidet endgültig." Wird nun berücksichtigt, daß nach § 2 der Vollzugsverfügung vom 31. Oktober 1899 (Reg.Bl. S. 785) die Stellung der höheren Verwaltungsbehörde im Sinne der Gewerbeordnung, die gemäß § 103 o Abs. 1 auch die Aufsicht über die Handwerkskammer zu führen hat, in Württemberg dem Verwaltungsausschuß der K. Zentralstelle für Gewerbe und Handel zukommt und daß über dieser Behörde das K. Ministerium des Innern als Landeszentralbehörde steht, so gestaltet sich das Beschwerdeverfahren in Streitigkeiten wegen Entrichtung von Beiträgen zu den Kosten einer Handwerkskammer bei

entsprechender Anwendung des § 89 Abs. 3 und 4 der Gewerbeordnung folgendermaßen: Die Beschwerde gegen die Heranziehung zu solchen Beiträgen geht, ohne an eine Frist gebunden zu sein, an den Verwaltungsausschuß der K. Zentralstelle für Gewerbe und Handel; die Entscheidung dieser Behörde kann binnen der Frist von zwei Wochen mit der Beschwerde bei dem K. Ministerium des Innern angefochten werden; die Entscheidung des Ministeriums ist endgültig; gegen dieselbe findet daher nach der Vorschrift des Art. 15 Ziff. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 die Rechtsbeschwerde an den K. Verwaltungsgerichtshof nicht statt. Unhaltbar ist die in der Rechtsbeschwerdeschrift vertretene Ansicht, daß nur bei Streitigkeiten zwischen den Handwerkskammern einerseits und den Gemeinden oder weiteren Kommunalverbänden andererseits den Entscheidungen der Verwaltungsbehörden endgültige Wirkung beigelegt sei, im vorliegenden Falle aber es sich um eine Streitigkeit über die Entrichtung von Gemeindesteuern handle.

Dadurch, daß die in Frage stehenden Umlagebeiträge wie Gemeindesteuern beigetrieben werden, nehmen sie nicht in allen Beziehungen den rechtlichen Charakter der Gemeindesteuern an, und wenn eine Gemeinde von der ihr durch § 103 l der Gewerbeordnung eingeräumten Ermächtigung, ihren Anteil an den Kosten der Handwerkskammer nach dem von der höheren Verwaltungsbehörde bestimmten Verteilungsmaßstab auf die einzelnen Handwerksbetriebe umzulegen, Gebrauch macht und hierauf eine in Anspruch genommene Person die Verpflichtung zur Teilnahme an der Umlage bestreitet, so liegt nichts anderes vor, als eine Streitigkeit zwischen der Gemeinde und dem zur Umlage Beigezogenen über die Verpflichtung zur Leistung eines Beitrags zu den Kosten der Handwerkskammer; auf eine solche Streitigkeit müssen daher die Bestimmungen in § 89 Abs. 4 der Gewerbeordnung entsprechende Anwendung finden. Diese Auffassung ist auch die herrschende in der Theorie und in der Praxis

(vergl. Landmann, Kommentar zur Gewerbeordnung, 5. Auflage Band 1 Seite 772; Schicker, Kommentar, 4. Auflage Band 1 Seite 553; Göz, Verwaltungsrechtspflege Seite 360).

Urteil vom 10. April 1907 in der Rechtsbeschwerdes. der Baufirmen L. u. L., J. u. D., H. M. u. J. Sch. in St.

28.

Armenunterstützungspflicht im Falle der Unterbrechung des Strafvollzugs.

Aus den Gründen:

Mit der am 16. Oktober 1905 notwendig gewordenen Unterbringung des F. in der Krankenstation der Pfründ- und Pfleganstalt K. ist dessen armenrechtliche Hilfsbedürftigkeit deshalb noch nicht eingetreten, weil F. zu der Zeit noch Strafgefangener war und als solcher Anspruch auf Verpflegung seitens des Staats hatte. Dieser Anspruch endigte mit dem Tage, an dem der Strafvollzug beendigt oder eingestellt und F. der bürgerlichen Freiheit wieder gegeben wurde, und mit diesem Zeitpunkt begann die Verpflichtung der öffentlichen Armenpflege zur Gewährung der notwendigen Hilfe. Dies hat das Bundesamt für das Heimatwesen in zahlreichen Entscheidungen festgestellt, dabei allerdings ausdrücklich betonend, daß die Entlassung eines hilfsbedürftigen Gefangenen nicht bloß dem Namen und der Form nach, sondern so erfolgen müsse, daß er tatsächlich der Freiheit wieder gegeben sein müsse, wenn sie die vorbezeichnete Folge haben solle.

Entscheidungen des Bundesamts für das Heimatwesen, Heft 30 S. 102;

Scharpff, Handbuch des Armenrechts, S. 107/108.

Das Zutreffen dieser Voraussetzung hat das Bundesamt ausdrücklich anerkannt für den Fall, daß der Strafvollzug ordnungsmäßig unterbrochen wird.

Entscheidungen, Heft 30, S. 105, 106; Heft 35, S. 69; Heft 36, S. 63.

Eine solche Unterbrechung ist im vorliegenden Fall durch die mit ministerieller Genehmigung erfolgte Anordnung des Großherzogl. Ersten Staatsanwalts vom 26. Oktober 1905 erfolgt. Die Einwendung des Beklagten, F. sei erst mit seiner Begnadigung der bürgerlichen Freiheit wiedergegeben worden, ist unbegründet. Es hat der Beklagte dafür, daß die Unterbrechung des Strafvollzugs diese Wirkung vorliegendenfalls nicht gehabt haben soll, keinerlei Tatsachen angeführt. Daß F. ohne die Begnadigung im Falle seiner Wiedergenesung zur Verbüßung des Restes der Strafe wieder hätte eingezogen werden können, vermochte dessen Freiheit während der Dauer der Unterbrechung des Strafvollzugs nicht zu beeinträchtigen.

Diese Auffassung von der Wirkung der von der Strafvollzugsbehörde ordnungsmäßig verfügten Strafunterbrechung deckt sich vollständig mit der in den Erlassen des K. Ministeriums des Innern vom 15. September 1880 und 20. April 1882 (Württ. ABl. d. Min. d. Innern 1880 S. 340, 1882 S. 168) zum Ausdruck gekommenen Anschauung, daß mit dem Augenblick der Entlassung aus der Haft infolge Beendigung oder Unterbrechung derselben durchaus die allgemeinen Grundsätze über die Unterstützung Hilfsbedürftiger in Anwendung zu kommen haben. Nach diesen aber ist der klägerische Ortsarmenverband im vorliegenden Fall mit Recht eingeschritten und es steht ihm für seine Aufwendungen nach § 30 Abs. 1 Buchst. a ein Ersatzanspruch an den Beklagten zu auch für die in der Zeit vom 26. Oktober 1905 bis 23. August 1906 gemachten Aufwendungen.

Urteil vom 15. Mai 1907 in der Verwaltungsstreits. des bad. Ortsarmenverbands K. gegen den württ. Ortsarmenverband K., OA. Sp.

29.

Unstatthaftigkeit der Rechtsbeschwerde gegen polizeiliche Anordnungen in betreff der Benützung von Ortsstraßen.

In den Gründen ist ausgeführt:

Nach Art. 13 Abs. 2 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege ist die Rechtsbeschwerde ausgeschlossen, wenn und soweit die Verwaltungsbehörden durch das Gesetz nach ihrem Ermessen zu verfügen ermächtigt sind. Dies trifft im vorliegenden Fall zu.

Art. 12 der Neuen Allgemeinen Bauordnung vom 12. Oktober 1872 schreibt in Abs. 1 vor, daß die Ortsstraßen einschließlich der Nebenwege für den Verkehr offen zu halten sind und bestimmt dann in Abs. 2: „Ob und wie dieselben ohne Schaden für den Verkehr zu Privatzwecken benützt werden dürfen, hängt ebenso, wie die Benützung der öffentlichen Plätze zu den gedachten Zwecken, zunächst von dem Ermessen der Ortspolizeibehörde ab, welche diesfalls durch allgemeine Bestimmungen oder im einzelnen Fall Verfügung zu treffen hat." Hienach steht es in jedem einzelnen Fall zum freien Ermessen der Polizeibehörden, ob und in welchem Maße sie die Benützung der Ortsstraßen einschließlich der Gehwege durch eine Veranstaltung, wie sie vorliegendenfalls von T. u. Komp. auf dem Gehweg der K... straße getroffen worden ist, zulassen wollen. Für dies freie Ermessen ergibt sich aus dem Gesetz keine andere Schranke, als die Rücksichtnahme auf die Interessen des öffentlichen Verkehrs. Dies ergibt sich insbesondere auch aus dem Inhalt von § 366 Ziff. 10 des Reichsstrafgesetzbuches, aus § 9 der K. Verordnung vom 6. Juli 1873, betr. Vorschriften über die Benützung öffentlicher Straßen und ihrer Zubehörden, sowie aus § 48 der Stuttgarter Straßenpolizeivorschriften.

Nun macht die Beschwerdeführerin zur Begründung ihrer Beschwerde ohne Berufung auf ein wohlerworbenes Sonderrecht und nur unter Hinweis auf die allgemeine Zweckbe-

stimmung der öffentlichen Straßen geltend, durch die von den Polizeibehörden gestattete Aufstellung des Schaukastens werde die Straße in einer Weise verstellt, daß der Beschwerdeführerin Ausgang und Ausblick auf dieselbe unmöglich gemacht, auch ihr Bezug von Luft und Licht von der Straße beeinträchtigt werde.

Für die vorliegende Entscheidung kann es dahingestellt bleiben, daß dies Vorbringen insofern dem wirklichen Sachverhalt widerspricht, als von dem M.schen Haus gegen die von dem Schaukasten eingenommene Stelle des Gehwegs sich weder Türe, noch Fenster befinden, von einer Versperrung des Ausgangs oder Ausblicks oder der Absperrung von Luft und Licht also keine Rede sein kann, es kann auch außer Betracht bleiben, daß die Beschwerdeführerin mit ihrem Hause an dieser Stelle gar nicht unmittelbar an die Straße stößt, sondern von ihr durch einen 50 cm breiten, im gemeinschaftlichen Eigentum von M. und T. und Komp. stehenden Gebäudestreifen getrennt ist, und es können endlich auch die Rechtsfolgen außer Erörterung bleiben, die sich aus der von der Stadtgemeinde in dem Vertrag vom 10. Juni 1902 übernommenen Verpflichtung ergeben, auf der vor Haus Nr. 7 gelegenen Straßenfläche an der Grenze gegen den gemeinschaftlichen Winkel die Aufstellung eines Schaukastens durch die Firma T. und Komp. zu dulden. Denn wenn auch tatsächlich durch die Aufstellung dieses Schaukastens die Beschwerdeführerin als Straßenanliegerin und ohne daß der Firma T. und Komp. ein Recht zu dieser Aufstellung gegenüber der Stadtgemeinde zustünde, im freien Austritt und Ausblick aus ihrem Hause und im Bezug von Luft und Licht von der Straße beeinträchtigt würde, so wäre sie zwar unter Umständen in ihren Interessen verletzt, nicht aber könnte sie die Verletzung eines Rechtes geltend machen. Denn nirgends ist in der für Württemberg geltenden Gesetzgebung den Anliegern an Ortsstraßen eine das freie Ermessen der Polizeibehörden in Hinsicht auf die Art der Benützung dieser Straßen einschränkende Befugnis eingeräumt, vermöge deren

sie den Austritt und Ausblick auf die Straße und den Bezug von Licht und Luft von ihr als ein im Verwaltungsrechtsweg verfolgbares öffentliches Recht ansprechen könnten. Die Beschwerdeführerin hat ihre diesbezüglichen Behauptungen auch nur ganz allgemein aus dem Begriff des Gemeingebrauchs abgeleitet. Aber auch wenn sich aus diesem solche Ansprüche überhaupt ergeben sollten, was hier dahingestellt bleiben kann, so könnte es sich nur um Befugnisse handeln, deren Wahrung von den Beteiligten im Weg der Beschwerde bei den Verwaltungsbehörden zu verfolgen ist, um Interessen, deren Wahrung dem billigen Ermessen der Verwaltungsbehörden anheim gegeben ist, nicht aber um Rechte, deren Schutz dem Verwaltungsrichter zustände. Für das letztere fehlt es eben an der erforderlichen gesetzlichen Grundlage.

Göz, Verwaltungsrechtspflege, S. 372/74, S. 393 ff.

Hieran wird auch dadurch nichts geändert, daß den Straßenanliegern gewisse Lasten zu Gunsten der Ortsstraßen auferlegt sind.

Ebenso kann die Berufung auf Art. 10 Ziff 21 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes diese Auffassung nicht beeinflussen. Denn diese Gesetzesbestimmung hat nach ihrer Entstehungsgeschichte und nach ihrer ständigen Auslegung nur die Benützung öffentlicher Straßen zum Verkehr, nicht aber für die von der Beschwerdeführerin beanspruchten weitergehenden Gemeingebrauchshandlungen und deren Widerstreit untereinander im Auge.

Verfehlt ist auch die Berufung der Beschwerdeführerin auf Art. 225 des württ. Ausführungsgesetzes zum BGB. Denn dieser sich nur auf Privatgrundstücke beziehende Artikel greift in keiner Weise über auf die Regelung der Benützung der öffentlichen Straßen und Plätze durch die Polizeibehörden.

Urteil vom 29. Mai 1907 in der Rechtsbeschwerdes. der Firma A. M. am Markt in St.

30.

Die Voraussetzungen der Anwendung des § 33 des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz.

Die Gründe führen aus:

Streitig ist, ob im vorliegenden Fall § 33 des Unterstützungs-Wohnsitz-Gesetzes und Art. 27 Abs. 1 des württ. Ausführungsgesetzes vom 17. April 1873 (Reg.Bl. S. 109) Anwendung zu finden haben. Der Unterrichter verneint diese Frage, weil D. zwar unbestritten landarm sei, seinen letzten Unterstützungswohnsitz in B., OA. B. gehabt habe und am 9. Februar 1906 in die vorläufige Fürsorge des Klägers übernommen worden sei, von der Ortsarmenbehörde C. aber nicht habe übernommen werden m ü s s e n. Die Regierung des Donaukreises habe in dem für den Kläger maßgebenden Erlasse vom 21. Dezember 1905 die Pflicht zur Uebernahme des D. ausdrücklich nur für den Fall seiner gesetzlich begründeten, d. h. auf die §§ 5 und 7 des Freizügigkeitsgesetzes gestützten, durch die zuständige bayerische Staatsbehörde verfügten — Ausweisung aus Bayern anerkannt; eine solche Ausweisung habe aber festgestelltermaßen nicht stattgefunden, sie wäre bis zum 9. Februar 1906 auch nicht zulässig gewesen, weil bis dahin eine öffentliche Unterstützung des D. im Sinne des § 5 des Freizügigkeitsgesetzes nicht notwendig geworden und auch tatsächlich nicht erfolgt sei. Das Verwaltungsgericht habe zu prüfen, ob bei der tatsächlichen Uebernahme des Hilfsbedürftigen die von der Kreisregierung gestellte Bedingung eingehalten und damit die oben erwähnte Voraussetzung erfüllt worden sei.

Diese Auffassung erachtet der Verwaltungsgerichtshof nicht für zutreffend.

Bei § 33 des Unterstützungswohnsitzgesetzes ist zu unterscheiden zwischen der staatsrechtlichen Pflicht zur Uebernahme eines Hilfsbedürftigen aus dem Ausland, zu welchem im Sinne des Unterstützungswohnsitzgesetzes das Königreich Bay-

ern gehört, und zwischen der armenrechtlichen Pflicht zur endgültigen Fürsorge für einen aus dem Ausland übernommenen Hilfsbedürftigen (Scharpff, Handbuch des Armenrechts S. 154 Anm. 7). Die Frage, ob eine solche staatsrechtliche Verpflichtung vorliegt, haben ausschließlich die zuständigen Verwaltungsbehörden zu entscheiden. Handelt es sich um die Uebernahme aus dem Reichsausland, so ist die staatsrechtliche Verpflichtung in der Regel dann gegeben, wenn der zu Uebernehmende dem Staat, an den das Uebernahmeansinnen gestellt wird, mit Staatsbürgerrecht angehört oder angehört hat. Soll ein deutscher Reichsangehöriger aus Bayern übernommen werden, so muß er nicht nur die Staatsangehörigkeit in dem Uebernahmestaat besitzen, sondern es müssen auch die Voraussetzungen der §§ 5 und 7 des Freizügigkeitsgesetzes erfüllt sein. Die Prüfung dieser Frage ist gleichfalls Aufgabe der zuständigen staatlichen Behörde und berührt die Ortsarmenbehörde, welcher ein Uebernommener zur vorläufigen Fürsorge zugewiesen wird, nicht. Die K. Regierung des Donaukreises hat nun in dem an das K. Oberamt B. gerichteten Erlasse vom 21. Dezember 1905 ausgesprochen, daß die Pflicht des württembergischen Staats zur Uebernahme des D. „im Falle seiner gesetzlich begründeten Ausweisung aus Bayern (zu vergl. §§ 5 und 7 des Freizügigkeitsgesetzes)“ anerkannt werde, und hat zugleich bemerkt, daß die Zulieferung des D. an die Ortsarmenbehörde in C., die durch Vermittlung des K. Oberamts C. entsprechende Weisung erhalten habe, zu erfolgen habe. Des weiteren hat die Kreisregierung das Oberamt B. beauftragt, im Benehmen mit dem K. Bayer. Bezirksamt G. das weitere zu veranlassen, insbesondere für rechtzeitige Benachrichtigung der Ortsarmenbehörde in C. vom Zeitpunkt des Eintreffens des D. Sorge zu tragen. Dem Oberamt C. wurde von der Kreisregierung eine Abschrift dieses Erlasses mitgeteilt mit dem Auftrag, „der Ortsarmenbehörde in C. wegen Uebernahme des D. im Falle seiner Zulieferung und wegen vorläufiger Fürsorge für denselben, beziehungsweise wegen Unter-

bringung desselben in eine Irrenanstalt alsbald die erforderliche Weisung zu erteilen." Dieser Auftrag wurde von dem Oberamt an die Ortsarmenbehörde E. „zur Kenntnisnahme und Veranlassung des weiteren" weitergegeben. Es kann nun dahingestellt bleiben, welche Behörde nach dem Willen der Kreisregierung das Zutreffen der Voraussetzungen der §§ 5 und 7 des Freizügigkeitsgesetzes hätte prüfen sollen, denn jedenfalls steht so viel fest, daß die Ortsarmenbehörde E. hiezu weder verpflichtet noch überhaupt befugt war. Sie hätte sich allerdings darauf beschränken können, zuzuwarten, bis ihr mitgeteilt wurde, an welchem Tage D. in E. eintreffe, allein wenn sie entsprechend dem ihr erteilten Auftrag wegen der Unterbringung des D. in einer Irrenanstalt alsbald das Erforderliche einleitete und von der Anstalt S. gedrängt mit der Ueberführung des hochgradig epileptischen und von Zeit zu Zeit an Tobsuchtsanfällen leidenden D. zu einem günstigen Zeitpunkt sich einverstanden erklärte, so kann hieraus bei der Unbestimmtheit der Uebernahmeerklärung der Kreisregierung die Unanwendbarkeit des § 33 des Unterstützungswohnsitzgesetzes nicht gefolgert werden. Denn wenn auch die förmliche Ausweisung des D. aus Bayern unterblieb, so besteht doch nach der Erklärung des K. Bayer. Bezirksamts G. kein Zweifel darüber, daß dies nur eine Folge der tatsächlichen Ueberführung war und daß ohne diese Ueberführung die materiellen Voraussetzungen für die bereits eingeleitete Ausweisung gegeben gewesen wären. Von einer freiwilligen Ueberführung des D. kann aber keine Rede sein, da weder er selbst freiwillig nach Württemberg zurückgekehrt ist, noch die Ortsarmenbehörde E. ihn freiwillig übernommen hat. Nach Lage der Sache konnte die letztere annehmen, daß D. übernommen werden müsse, und tatsächlich hätte die Uebernahme desselben auch nicht abgelehnt werden können. Der von dem Unterrichter eingenommene formelle Standpunkt würde dazu führen, entgegen der Absicht des Gesetzes die Armenlast zu verschieben.

Da im übrigen die Voraussetzungen für die Anwendung

des § 33 des Unterstützungswohnsitzgesetzes und des Art. 27 Abs. 1 des württ. Ausf.Ges. vom 17. April 1873, sowie der Betrag der rechtzeitig geltend gemachten Ersatzforderung nicht bestritten sind, so war, wie geschehen, zu erkennen.

Urteil vom 17. April 1907 in der Berufungssache des Ortsarmenverbands Cr. gegen den Landarmenverband f. d. Donaukreis.

31.

Der Umfang der Gemeindeeinkommensteuerfreiheit der dem Betrieb der staatlichen Verkehrsanstalten dienenden Grundstücke und Gebäude.

Aus den Gründen:

Im gegenwärtigen Verwaltungsrechtsstreit kommt es lediglich auf eine Entscheidung der Frage an, ob nach richtiger Auslegung der Bestimmungen in Art. 25 Abs. 1 des Gem.St.Ges. jedes Einkommen aus dem Grund- und Gebäudebesitz, der im allgemeinen dem Betrieb der staatlichen Verkehrsanstalten dient, von der Heranziehung zur Gemeinde-Einkommensteuer befreit ist und somit die Steuerbefreiung sich auch auf Einkünfte erstreckt, die dadurch sich ergeben, daß der bezeichnete Besitz entweder in einzelnen Teilen oder nach gewissen Richtungen nicht sowohl dem Hauptzwecke des Betriebs der staatlichen Verkehrsanstalten dient, sondern in sonstiger Weise zur Erzielung eines privatwirtschaftlichen Ertrags benützt wird. Diese Frage ist zu bejahen.

Für die Heranziehung der staatlichen Verkehrsanstalten (Staatseisenbahnen, Posten und Telegraphen, Bodenseedampfschiffahrt) zu Gemeindesteuern hat das Gem.St.Ges. in zweierlei Hinsicht je besondere Vorschriften gegeben. Die einen betreffen die Gemeindeumlage auf Grundeigentum, Gebäude und Gewerbe, die anderen die Gemeinde-Einkommensteuer. In der mehrgedachten Beziehung setzt zunächst Art. 6 Ziff. 2 des Gem.St.Ges. die Befreiung von der Gemeindeumlage für den Betrieb der staatlichen Verkehrsanstalten fest, jedoch

vorbehältlich der Besteuerung der für diesen Betrieb bestimmten Grundstücke und Gebäude, mögen erstere angebaut sein oder nicht. Weiterhin greifen hier aber gemäß Art. 5 Abs. 2 des Gem.St.Ges. die allgemeinen Vorschriften in Art. 2 Ziff. 3 bis 5 des Gesetzes vom $\frac{\text{28. April 1873}}{\text{8. August 1903}}$ betreffend die Grund-, Gebäude- und Gewerbesteuer (Reg.Bl. S. 344) ein, wo für die ihrer Hauptbestimmung nach zum öffentlichen Gebrauch dienenden Grundflächen, welche dem Eigentümer keinen ökonomischen Nutzen abwerfen, für die als Besoldung der im württembergischen Staats-, Kirchen- und Schuldienst angestellten Beamten und Diener verliehenen Grundstücke und nutzbaren Rechte und für Gebäude, welche zu öffentlichen Zwecken dienen, ohne dem Eigentümer einen ökonomischen Nutzen abzuwerfen, Steuerfreiheit angeordnet und außerdem noch ausdrücklich bestimmt ist, daß ein Gebäude, welches bloß teilweise zu einem die Steuerfreiheit begründenden Zwecke diene, nur nach dem Verhältnis dieser Verwendung von der Steuer frei bleibe (vgl. auch die Verfügung der Ministerien des Innern und der Finanzen vom 22. September 1904, betreffend den Vollzug des Gem.St.Ges., Reg.Bl. S. 263 § 3). Während so für die Gemeindeumlage die Steuerfreiheit der staatlichen Verkehrsanstalten genau umgrenzt und in betreff der Grundstücke und Gebäude dieser Anstalten ausdrücklich insoweit ausgeschlossen ist, als sie einen ökonomischen Nutzen abwerfen oder nur nebenbei dem öffentlichen Gebrauche dienen, beziehungsweise zum Teil zu einem anderen als dem öffentlichen Zwecke verwendet werden, wird in Art. 25 Abs. 1 des Gem.St.Ges. für die Gemeinde-Einkommensteuer ohne irgend eine Einschränkung die Steuerfreiheit des dem Betrieb der staatlichen Verkehrsanstalten dienenden Grund- und Gebäudebesitzes ausgesprochen.

Schon hieraus läßt sich mit Recht ableiten, daß ein Ertrag, der sich aus der teilweisen Vermietung eines sonst dem Betrieb der staatlichen Verkehrsanstalten dienenden Gebäudes ergibt, der Gemeinde-Einkommensteuer im Gegensatz zu der

Gemeinde-Umlage nicht unterliegen soll. Diese Annahme wird aber noch von anderer Seite her bestätigt. Der Art. 25 Abs. 1 des Gem.St.Ges. erklärt in Beziehung auf die Gemeinde-Einkommensteuer das Einkommen der staatlichen Verkehrsanstalten nicht bloß aus ihrem Betrieb, sondern auch aus ihrem dem Betrieb dienenden Grund- und Gebäudebesitz für steuerfrei. Nun umfaßt das Einkommen aus dem Betrieb der Verkehrsanstalten, welcher, wenn nicht als eigentlicher Gewerbebetrieb, doch als gewerbeartiger Betrieb anzusehen ist, bei sinngemäßer Anwendung von Art. 12 Abs. 2 Ziff. 3 und 6 des Einkommensteuergesetzes vom 8. August 1903 (Reg.Bl. S. 261) zugleich den Nutzungswert der Gebäude und Grundstücke, soweit sie für den Betrieb verwendet werden. Wird trotzdem in Art. 25 Abs. 1 des Gem.St.Ges. neben dem Einkommen aus dem Betrieb der Verkehrsanstalten noch besonders das Einkommen aus dem seinem Betrieb dienenden Grund- und Gebäudebesitz als steuerfrei genannt, so müssen darunter gerade solche Einkünfte fallen, die sich nicht aus dem Betriebe selbst, sondern aus einer anderweitigen Benutzung der im übrigen für den Betrieb bestimmten Grundstücke und Gebäude, beispielsweise aus einer Vermietung, ergeben. Der Schluß ist also nicht abzuweisen, daß die gesetzliche Steuerfreiheit gleichermaßen für das Betriebseinkommen und für die gedachten Nebeneinkünfte besteht. Eine differentielle Behandlung durch die ausschließliche Heranziehung der Nebeneinkünfte zur Einkommensteuer wäre auch praktisch zumal wegen der bei Berechnung des steuerbaren Einkommens nach Art. 9 des Einkommensteuer-Gesetzes in Ansatz zu bringenden Abzüge häufig nicht ohne Zweifel und Schwierigkeiten durchzuführen, während andererseits der Ertrag der Steuer meist wenig erheblich sein würde.

Ist hienach aus Wortlaut und Zusammenhang des Gesetzes zu entnehmen, daß die in Art. 25 Abs. 1 des Gem.St.-Ges. festgesetzte Steuerfreiheit auf den dem Betrieb der staatlichen Verkehrsanstalten dienenden Grund- und Gebäudebesitz ohne eine Ausnahme für das aus Nebenverwendungen fließende

Einkommen sich bezieht, so entspricht diese Auffassung auch der Begründung zum Entwurf des Gem.St.Ges. Hier wird bemerkt, daß jene Steuerfreiheit der staatlichen Verkehrsanstalten deshalb sich rechtfertige,

„weil eine Verteilung des privatwirtschaftlichen Einkommens dieser Anstalten auf die einzelnen von ihnen berührten Gemeinden außerordentlich schwierig, wenn nicht geradezu unmöglich wäre, sodann weil die hauptsächlich in Betracht kommende Staatseisenbahnverwaltung nach dem zulässigen Abzug der Zinsen aus der Eisenbahnschuld ein steuerbares Einkommen überhaupt nicht mehr hätte". (Verh. der Kammer der Abg. 1901 Beil.Bd. II S. 466 Sp. 2).

Es leuchtet nun ohne weiteres ein, daß jedenfalls der zweite Grund ebenso, wie für die Betriebseinnahmen, auch für die eine verhältnismäßig untergeordnete Bedeutung besitzenden Nebeneinkünfte der Staatseisenbahnverwaltung gilt, mit welcher letzteren die Postverwaltung prinzipiell gleich behandelt werden soll.

Dem Ausgeführten zufolge erscheint der Anspruch der Klägerin, Berufungsbeklagten auf Bezahlung von Gemeinde-Einkommensteuer für das Postgebäude in Ö. als rechtlich unbegründet und ist daher der Berufung stattzugeben.

Urteil vom 24. April 1907 in der Berufungssache der K. württ. Post- und Telegraphenverwaltung gegen die Stadtgemeinde Ö.

32.

Die Grenze zwischen der Zuständigkeit der Zivilgerichte und der Verwaltungsgerichte bei Streitigkeiten über die Eigenschaft eines Wegs als eines öffentlichen.

Aus den Gründen:

Die in erster Reihe auf Feststellung der Eigenschaft eines öffentlichen Weges gerichtete Klage betrifft nach dieser Fassung jedenfalls auch die Frage, ob dem Weg die Eigenschaft eines öffentlichen Wegs zukommt, wie sie in Ziff. 21

von Art. 10 des Verw.Rechts=Pfl.Ges. den Verwaltungsgerichten zugewiesen ist, und die Gemeinde nimmt auch im Ergebnis das Recht auf Benützung dieses als öffentlich behaupteten Wegs in Anspruch, wie Ziff. 21 im Eingang vorsieht. Es fragt sich aber, ob der Streit in Wirklichkeit diese Fragen betrifft, namentlich nach seinem jetzigen Entwicklungszustand betrifft (Art. 10 Anfang).

Die Eigenschaft des fraglichen Weges als eines öffentlichen könnte die Gemeinde an und für sich auf verschiedene Art geltend machen und nachzuweisen versuchen. Sie könnte behaupten und beweisen, daß die Grundfläche in ihrem Eigentum, nicht im Eigentum der Beklagten stehe. Es müßte dann noch der bestimmungsgemäße Gemeingebrauch als Weg hinzutreten, wenn sich die Eigenschaft als öffentlicher Weg ergeben sollte, aber die Schaffung dieses hinzutretenden Umstandes würde von der Gemeinde selbst abhängig sein, sie wäre jederzeit in der Lage, ihn, falls er fehlen würde, von sich aus hinzuzufügen, ein Streit hierüber würde nicht bestehen und von den Beklagten nicht erhoben werden, auch nicht erhoben werden können, falls nur der erste Umstand zuträfe, daß die Grundfläche im Eigentum der Gemeinde stehen würde.

Eine andere Möglichkeit, die Eigenschaft des Weges als eines öffentlichen geltend zu machen und zu beweisen, wäre die, daß angenommen würde, der Weg oder die Grundfläche des Weges stehe im Privateigentum der Beklagten, es bestehe aber eine öffentlich rechtliche Dienstbarkeit an diesem Eigentum, kraft deren ein dem Gemeingebrauch dienender Weg darüber führe.

Es könnte auch so vorgegangen werden, daß das Eigentumsrecht dahingestellt bleiben und nur das Recht auf Gemeingebrauch geltend gemacht und nachgewiesen würde, so daß auch im Fall des Zutreffens des Eigentumsrechts der Beklagten, bei Unterstellung dieses Eigentumsrechts, der Weg ein öffentlicher wäre, vermöge der erwähnten öffentlich rechtlichen Dienstbarkeit (zu vergl. Göz, Verw.Rechtspfl. § 36,

V S. 399 und III S. 393).

In dem ersten Fall betrifft der Streit das Eigentumsrecht und die Frage des Gemeingebrauchs ist aus dem Streit ausgeschieden. In den beiden anderen Fällen ist der Streit über das Eigentum ausgeschieden und es bewegt sich der bestehende Streit auf dem Gebiete des Gemeingebrauchs. In diesen letzteren Fällen gehört der Streit dem Gebiet des öffentlichen Rechtes an, in dem ersteren dem Gebiet des Privatrechts.

Der Streit über das Eigentumsrecht an dem Wege wird nicht etwa deshalb statt eines privatrechtlichen ein öffentlich rechtlicher, weil ein wesentlich anderes, öffentlich rechtliches Eigentum vorläge, wenn Gemeinden und andere öffentliche Körperschaften Eigentum an öffentlichen Wegen haben, im Unterschied von dem Eigentum solcher Körperschaften an anderen Grundstücken und von dem Eigentum einzelner an Grundstücken. Im Reichsrecht und im württembergischen Landesrecht liegt keine Rechtsgestaltung vor, die eine wesentliche Verschiedenheit eines öffentlichen Eigentums von dem Privateigentum ergeben würde (zu vergl. dagegen das französische domaine public oder die Verneinung des Eigentums bei den res nullius des Römischen Rechts, Göz, Verwalt.Rechtspfl. § 34 S. 376, Fleiner, Umbildung zivilrechtl. Institute durch das öffentliche Recht S. 16, 17). Im Gegenteil ist das Eigentum an Wegen, unter Berücksichtigung allerdings der vorliegenden besonderen Bedürfnisse, in Einklang gebracht mit dem gewöhnlichen privatrechtlichen Grundeigentum durch die Bestimmung des § 90 der Reichs-Grundbuch-Ordnung, daß durch landesherrliche Verordnung bestimmt werden könne, u. a. die öffentlichen Wege erhalten nur auf Antrag ein Grundbuchblatt, und durch die Bestimmung des § 4 Ziff. 4 der K. Verordnung betreffend das Grundbuchwesen vom 30. Juli 1899, nach welcher „von der Verpflichtung zur Eintragung in das Grundbuch befreit" sind: „die öffentlichen Wege", wobei insbeson-

dere auf die Gleichstellung mit Ziff. 3 „Grundstücke der bürgerlichen Gemeinden" hinzuweisen ist, ferner durch die Bestimmung wegen der Uebertragung Art. 212 Ausf.Ges. zum Bürgerl.Ges.Buch.

Namentlich aber sind, und dies ist für den vorliegenden Fall ausschlaggebend, nicht etwa Streitigkeiten über öffentliches Eigentum als solche in Württemberg den Verwaltungsgerichten zugewiesen. Was die besondere Bestimmung über die Ansprüche auf Benützung eines öffentlichen Weges, Ziff. 21 von Art. 10 des Verw.Rechtspfl.Ges., betrifft, so handelt es sich schon dem Wortlaut nach um den Streit über die Benützung eines öffentlichen Wegs, also um die Frage des Gemeingebrauchs, nicht um die Eigentumsfrage und wenn dieser Streit über die Benützung einschließlich der Frage, ob einem Weg die Eigenschaft eines öffentlichen Wegs zukommt, dem Verwaltungsgericht überwiesen ist, so ist damit solcher Fassung nach insbesondere durch das Wort „einschließlich" ausgedrückt, daß die letztere Frage, soweit sie Bestandteil des Streits über die Benützung, über den Gemeingebrauch ist, dem Verwaltungsgericht unterstellt wird, also nicht in dem ersten der oben erwähnten Fälle, wohl aber in den beiden andern. Die Motive zu dieser Gesetzesstelle führen denn auch gerade diese Fälle der Belastung des Grundstücks eines privaten Grundeigentümers mit der Duldung eines öffentlichen Weges als gemeint auf, ebenso der Kommissionsbericht (zu vgl. Hohl, Verw.Rechtspfl.Ges. Seite 52, S. 138). Hienach ist aus allgemeinen Gründen der Scheidung zwischen öffentlichem und Privatrecht, wie auch aus den besonderen Bestimmungen des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege Art. 10 Ziff. 21 zu entnehmen, daß der Streit darüber, ob das Eigentum an einem Weggrundstück einer Gemeinde (und sonstigen öffentl. rechtl. Körperschaft) oder einem Einzelnen (Privateigentümer) zusteht, von den bürgerlichen Gerichten zu entscheiden ist, daß aber der Streit darüber, ob das Eigentum des Einzelnen (Privateigentümers) mit einer öffentlichen

Wegdienstbarkeit belastet ist, vor das Verwaltungsgericht gehört.

Die Bestimmungen der Ziff. 24 des Art. 10 Verw.Rechts-Pfl.Ges. über die Benützung öffentlicher Gewässer lauten zwar im Eingang wörtlich übereinstimmend mit denen der Ziff. 21, aber eine völlige Gleichstellung der öffentlichen Gewässer mit den öffentlichen Wegen ist schon dadurch ausgeschlossen, daß neben den Rechten zur Benützung der Grundfläche die Rechte an dem fließenden Wasser in Betracht kommen. (Die Entscheidung in Württ. Jahrb. Band 8 S. 313 kann daher hier unerörtert bleiben).

Im vorliegenden Fall nun ist die Klage in erster Linie begründet auf die Behauptung und den Versuch des Nachweises eines Eigentumsrechts der Gemeinde an dem Grundstück, das den Weg enthält. Dieses Eigentumsrecht soll aus öffentlichen Büchern nachgewiesen werden, aus Einträgen im Primärkataster als der Gemeinde gehöriger Ortsweg No. 8, aus der Vermarkung gegenüber dem unbestrittenen Grundbesitz (Hofraum) der Beklagten; aus den im Primärkataster für den Weg einerseits und andererseits ebendort sowie in den Güterbucheinträgen und Kaufvertragsurkunden für das Grundstück der Beklagten und ihrer Rechtsvorgänger angegebenen Flächenmaßen u. s. w. Der Nachweis eines Gemeingebrauchs kommt nach den örtlichen Verhältnissen überhaupt weniger in Betracht, weil keinesfalls ein Durchgangsverkehr stattfindet, sondern nur ein Verkehr weniger Angrenzer und auf deren Grundstücke gehender oder fahrender oder von diesen kommender Personen oder Fahrzeuge. Aber dieser Gemeingebrauch ist, soweit Eigentum der Gemeinde an dem Weggrundstück geltend gemacht ist, nur als Mittel des Nachweises für dieses Eigentum, als beweisender Umstand von Bedeutung, wie oben angeführt, nicht als geltend gemachter öffentlich rechtlicher Anspruch, der für diesen Fall gar nicht streitig wäre. Als solcher öffentlich rechtlicher Anspruch ist der Gemeingebrauch allerdings im vorliegenden Fall auch geltend gemacht und bestritten, aber dies ist hienach nur zu verstehen für den

Fall, daß das Eigentum der Gemeinde am Weggrundstück nicht bestehen würde. In diesem Fall würde es sich darum handeln, ein trotz Eigentums der Beklagten am Weggrundstück bestehendes öffentlichrechtliches Verhältnis, nämlich die erwähnte öffentliche Weglast nachzuweisen. Aber es ist von der Klägerin keineswegs das Eigentum der Beklagten am Weggrundstück anerkannt oder irgendwie jetzt schon unterstellt. Eine derartige Klage, die oben in zweiter Linie genannten Fälle umfassend, würde allerdings der verwaltungsrichterlichen Zuständigkeit angehören. Aber es wird vielmehr dieses Eigentum der Beklagten durchaus bestritten und dagegen Eigentum der Gemeinde nachzuweisen versucht.

Auch die Verteidigung der Beklagten stützt sich in erster Reihe auf die Behauptung ihres Eigentums und auf Bestreiten des Eigentums der Gemeinde und erst für den Fall, daß einem zugegebenen oder unterstellten oder bewiesenen Eigentum der Beklagten gegenüber die Behauptung einer Belastung durch Gemeingebrauch aufgestellt wird, ist die Behauptung freien Eigentums geltend gemacht, wobei das Bestreiten des Gemeingebrauchs vorsorglich auch gegenüber dem aus solchem Gebrauch sich ergebenden beweisenden Umstand geltend gemacht ist.

Der Streit der Parteien, der jetzt und zuerst entschieden werden soll und muß, betrifft also die Frage des Eigentums, eine privatrechtliche Frage. Eine öffentlich rechtliche Frage, die der Belastung des Eigentums mit einer öffentlich rechtlichen Dienstbarkeit, soll erst entschieden werden und kann erst entschieden werden, wenn die erste Frage zu Ungunsten der Klägerin entschieden oder durch Parteivereinbarung erledigt wäre. Die verwaltungsgerichtliche Tätigkeit kann demnach erst eintreten, wenn von den bürgerlichen Gerichten dieser privatrechtliche Streit der Parteien in einem bestimmten Sinne entschieden ist oder dieser beseitigt wird. Es könnte an und für sich eine Aussetzung der Verhandlung entsprechend § 148 Ziv.Proz.Ordn. bei derartiger Sachlage in Frage kommen. Da aber eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts zunächst

begehrt wird und zwar, wie sich aus der Klagebegründung nach dem Ausgeführten ergibt, über die Frage des Eigentums an dem Weggrundstück, die eine privatrechtliche ist, war die Klage, wie vom ersten Gericht geschehen, wegen Unzulässigkeit dieser verwaltungsgerichtlichen Rechtsverfolgung abzuweisen und ist die Berufung zurückzuweisen mit Kostenfolge nach § 97 Ziv.Proz.Ordn.

(Zu vergl. Württ. Jahrb. Band 16 Seite 203, Band 15 Seite 94, Band 2 Seite 93).

Urteil vom 1. Mai 1907 in der Beruf.-Sache der Gemeinde N. gegen die Wtw. Chr. Sch. und den W. H. in N.

33.

Unstatthaftigkeit der Rechtsbeschwerde bei der Versagung der Auflage zur Errichtung einer besonderen Fabrikkrankenkasse.

Die Entscheidung ist folgendermaßen begründet:

Nach § 60 Abs. 1 des Krankenversicherungsgesetzes ist ein Unternehmer, der in einem Betriebe oder in mehreren Betrieben 50 oder mehr dem Krankenversicherungszwange unterliegende Personen beschäftigt, berechtigt, eine Betriebs-(Fabrik-) Krankenkasse zu errichten. Im Anschluß hieran bestimmt § 60 Abs. 2:

„Er kann dazu durch Anordnung der höheren Verwaltungsbehörde (d. h. in Württemberg des Oberamts) verpflichtet werden, wenn dies von der Gemeinde, in welcher die Beschäftigung stattfindet, oder von der Krankenkasse, welcher die beschäftigten Personen angehören, beantragt wird."

Aus der Fassung dieser Bestimmung ergibt sich deutlich, daß hiemit den Verwaltungsbehörden eine Befugnis eingeräumt ist, deren Ausübung in ihr freies pflichtmäßiges Ermessen gestellt ist; weder hier noch sonstwo im Krankenversicherungsgesetz ist der an der Errichtung einer solchen Betriebskrankenkasse interessierten Krankenkasse ein Rechtsanspruch

eingeräumt, der im Falle seiner Verletzung gemäß Art. 13 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 mit der Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof geltend gemacht werden könnte; vielmehr schreibt dieser Art. 13 in Abs. 2 ausdrücklich vor, daß diese Beschwerde ausgeschlossen ist, wenn und soweit die Verwaltungsbehörden durch das Gesetz nach ihrem Ermessen zu verfügen ermächtigt sind. Eine Verfügung der Verwaltungsbehörden, die auf Grund des § 60 Abs. 2 KVG. die hier vorgesehene Auflage anordnet oder einen darauf abzielenden Antrag zurückweist, kann somit nur mit der Verwaltungsbeschwerde bei den höheren Verwaltungsinstanzen, nicht aber mit der Rechtsbeschwerde bei dem Verwaltungsgerichtshof angefochten werden. In dieser Auffassung sind die Theorie und die Praxis einig (vergl. Schicker, Kommentar 2. Aufl. S. 317 Note 7, S. 318 Note 9; Woedtke, Kommentar 4. Aufl. S. 387 Note 8; Piloty und Redenbacher, Krankenversicherungsgesetz 2. Aufl. S. 301/2 Anm. 4; Göz, Verwaltungsrechtspflege S. 539/40); es ist daher auch die Bemerkung in § 66 Abs. 4 der württ. Vollzugsverfügung zum Krankenversicherungsgesetz vom 2. November 1892 (Reg. Bl. S. 562), daß gegen einen Bescheid im Sinne des § 60 Abs. 2 des Gesetzes nur das allgemeine Beschwerderecht platz greift, nicht zu beanstanden.

Urteil vom 24. April 1907 in der Rechtsbeschwerdes. der Bezirkskrankenkasse R.

34.

Unstatthaftigkeit der Rechtsbeschwerde gegenüber von tatsächlichen auf Schätzung beruhenden Feststellungen bei der Veranlagung zur Einkommensteuer.

Aus den Gründen:

In Einkommensteuersachen steht nach Art. 64 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes vom 8. August 1903 dem Steuerpflichtigen die Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichts-

hof gegen die Entscheidung des Finanzministeriums nur mit der Einschränkung zu, daß in Bezug auf die Höhe der Steuerveranlagung solche tatsächliche Feststellungen, die durch Schätzung gewonnen werden, der Nachprüfung des Verwaltungsgerichtshofs nicht unterliegen. Die im vorliegenden Falle allein bestrittene Frage der Angemessenheit der Höhe der Abschreibungen an den Liegenschaften des Beschwerdeführers kann der Natur der Sache nach nur im Wege der Schätzung entschieden werden; wenn nun in der angefochtenen Entscheidung auf Grund einer Schätzung mit einem der Erfahrung entnommenen Maßstab die Höhe der zulässigen Abschreibungen festgestellt ist, so handelt es sich in dieser Beziehung um einen Punkt, der nach dem Wortlaut des Gesetzes der Nachprüfung des Verwaltungsgerichtshofs entzogen ist. Hiernach war die Rechtsbeschwerde als unzulässig zurückzuweisen.

Urteil vom 1. Mai 1907 in der Rechtsbeschwerdes. des Konsum- und Sparvereins E.

35.

Die Voraussetzungen für das Erlöschen eines Wassernutzungsrechts.

In den Gründen wird ausgeführt:

Nach Art. 13 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege, der auch maßgebend ist für die Erhebung von Rechtsbeschwerden gegen Verfügungen, die auf Grund der Art. 44 und 112 des Wassergesetzes und der §§ 49 und 50 der Reichsgewerbeordnung ergangen sind, liegt den Beschwerdeführern der Nachweis ob, daß die angefochtene Entscheidung rechtlich nicht begründet ist und daß sie hiedurch in einem ihnen zustehenden Recht verletzt oder mit einer ihnen nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet sind. Dieser Nachweis ist im vorliegenden Fall nicht erbracht, der Beschwerde kann daher eine Folge nicht gegeben werden.

Die Beschwerdeführer machen geltend, die Anwendung

des Art. 44 des Wassergesetzes auf ihr Wassernutzungsrecht sei deshalb ausgeschlossen, weil dieses Nutzungsrecht bis zum Inkrafttreten des Art. 1 des Wassergesetzes, bis 27. Dezember 1900, ein Privatrecht gewesen sei.

Es kann für die vorliegende Entscheidung dahingestellt bleiben, ob die auch in § 126 der Vollzugsverfügung zum Wassergesetz vom 16. November 1901 vertretene Auffassung der Begründung zum Entwurf dieses Gesetzes [1]), die sachlichen Vorschriften des Art. 44 des Wassergesetzes finden auf frühere Privatrechte keine Anwendung, in dem Wortlaut des Art. 1 Abs. 3 des Gesetzes genügenden Rückhalt findet [2]). Jedenfalls haben die Beschwerdeführer den ihnen obliegenden Nachweis dafür, daß ihr Nutzungsrecht früher tatsächlich ein Privatrecht war, nicht zu erbringen vermocht.

Daran, daß der Buchenbach als ein in einem Bett ständig fließendes Gewässer nach Art. 1 des Wassergesetzes als öffentliches Gewässer anzusehen ist, besteht kein Zweifel. Die Beschwerdeführer machen auch nicht ausdrücklich geltend, daß er vor dem Inkrafttreten des Wassergesetzes als Privatgewässer angesehen worden sei. Sie vermöchten damit auch nicht durchzudringen. Es haben zwar trotz der in Württemberg im Anschluß an das römische Recht hergebrachten grundsätzlichen Auffassung aller ständig fließender Gewässer als öffentlicher, dem Privatrecht der Anlieger entzogenen Gewässer die württembergischen Gerichte und der Geheime Rat in seiner verwaltungsrechtlichen Uebung unter der Einwirkung deutschrechtlicher Auffassung angenommen, daß an kleineren Bächen ausnahmsweise ein Eigentum der Anlieger stattfinden könne. Doch wurde für den Eigentumsanspruch dessen Nachweis im einzelnen Falle erfordert, bei Ermanglung dieses Nachweises aber auch kleinere Bäche entsprechend dem römischen Rechte zu den öffentlichen Gewässern gezählt [3]).

[1]) Verhandlungen der Kammer der Standesherren, 1899/1900, Beil.-Band S. 81.

[2]) Göz, Verwaltungsrechtspflege § 37 Anm. 2, S. 413.

[3]) Begründung zum Entwurf des Wassergesetzes a. a. O.; Kommis-

Daß der Buchenbach auf derjenigen Strecke seines Laufes, an der das Nutzungsrecht der Beschwerdeführer besteht, Privatgewässer gewesen ist, dafür fehlt es nicht nur an entsprechenden tatsächlichen Behauptungen seitens der Beschwerdeführer, sondern es sprechen vielmehr alle zur Beurteilung stehenden Umstände dafür, daß er auch schon vor Inkrafttreten des Wassergesetzes als öffentliches Wasser angesehen worden ist. Es findet dies seine Begründung in dem bedeutenden Einzugsgebiet von 47 Quadratkilometer am Ort der Nutzung, in der dort geführten erheblichen Wassermenge von 235 Sekundenliter, in seinem bis zur Nutzungsstelle 14 Kilometer langen, über mehrere Markungen sich erstreckenden Lauf und in seiner Verwendung zu 6 Triebwerken während desselben. Dazu kommt, daß der Bach nach der den oberamtlichen Akten angeschlossenen Markungskarte vom 12. Februar 1906, solange sein Lauf aus dieser ersichtlich ist, stets als Grundstücksgrenze verläuft und nirgends als Bestandteil der angrenzenden Grundstücke, sondern stets für sich besonders vermarkt ist. Unter ähnlichen Verhältnissen wurden Bäche auch sonst von jeher zu den öffentlichen Gewässern gezählt [1]).

Darauf, daß der Buchenbach früher ein Privatgewässer gewesen sei, vermögen demnach die Beschwerdeführer die Behauptung der privatrechtlichen Eigenschaft ihres Nutzungsrechtes keinenfalls zu stützen.

Nun ist allerdings für das frühere Recht anerkannt, daß nicht jedes Nutzungsrecht an öffentlichen Gewässern notwendig einem Akt der Staatsgewalt entflossen und damit

sionsbericht der Kammer der Abgeordneten, Verhandlungen 1899/1900, Beil.Bd. 3, Beil. 225 und 228, bei Rieder, Wassergesetz S. 3, Anm. 3, und Haller, Wassergesetz S. 6, Anm. 8. Reyscher, Württ. Privatrecht, I S. 434; Lang, Sachenrecht 2. Aufl. II S. 107, 260. Württ. Archiv, I S. 255, 268/269, 271/72, 412; II 314; VI 150; IX 57; XIV 264; XV 68; Boscher, XI S. 85; XII S. 127; Württ. Jahrbücher, III S. 208, 219; VIII S. 379; XVI S. 74.

[1]) Württ. Jahrbücher I S. 290; XI S. 114, 320; Württ. Gerichtsblatt VIII S. 377; Amtsblatt des K. Ministeriums des Innern 1885, S. 213.

ein Verhältnis des öffentlichen Rechts sein mußte, daß Nutzungsrechte vielmehr denkbarer Weise auch auf anderem Wege und durch privatrechtlichen Titel entstanden sein können und daß sie letztenfalls dem Privatrechte angehören. Die Entstehung durch Privatrechtstitel ist aber jeweils von dem Nutzungsberechtigten nachzuweisen, denn im Zweifel stellt sich jedes Recht auf die Benutzung öffentlichen Wassers zur Anlage und zum Betrieb von Wasserwerken als ein von der Staatsgewalt abgeleitetes, von dieser ausdrücklich oder stillschweigend verliehenes Recht und demzufolge als Ausfluß und Verhältnis des öffentlichen Rechts dar [1]).

Den Nachweis der Entstehung ihres Nutzungsrechtes durch Privatrechtstitel haben die Beschwerdeführer vorliegendenfalls nicht erbracht. Sie führen in ihrer Beschwerdebegründung vom 13. April ds. Js. selbst aus, über die Entstehung der Mühle und demnach auch über die Art und Weise, wie das Wassernutzungsrecht seitens des ursprünglichen Mühlebesitzers erworben worden sei, seien sichere Anhaltspunkte nicht vorhanden. Aus den von den Beschwerdeführern vorgelegten Urkunden, Auszug aus dem Amtsgrundbuch des Kameralamts W., Auszug aus dem Steuerbuch der Markung L. von 1749 und Auszug aus dem Güterbuch der Gemeinde L., sowie aus dem schriftlichen Zeugnis einiger Einwohner von L., endlich aus dem dem Gemeinderatsbeschluß vom 13. Februar 1905 beiliegenden Auszug aus den Fleckenstatuten und der Berechtigkeitsbeschreibung vom Jahr 1765 geht allerdings nicht weiter hervor, als daß ihre Wassernutzung schon vor 1749 bestanden hat, ohne daß diesen Urkunden etwas näheres über die Begründungsart der Nutzung zu entnehmen wäre. Auch die in den Urkunden erwähnten Zinse lassen keinerlei Schlüsse in dieser Hinsicht zu, da es sich bei ihnen augenscheinlich nur um Gewerberekognitionsgelder, nicht aber um Wasserzinse handelt. Einen besseren Aufschluß vermögen

[1]) Württ. Archiv I S. 259, 270, 272, 273, 414, 419, 434; Württ. Gerichtsblatt VIII S. 371, 379, 386; Württ. Jahrbücher VII S. 349, IX S. 234.

auch die von der Kreisregierung beigezogenen Akten des K. Finanzarchivs L. nicht zu geben. Nach ihnen hat der Tuchmacher Johannes M. von W. im Jahre 1718 mit landesherrlicher Konzession auf einer von ihm erkauften Wiese am Buchenbach, an einem Platze, unfern dessen vorher eine Schleif- und Lohmühle gestanden hatte, eine Tuchwalke und Wergreibe erbaut, die er mit zwei Wasserrädern betrieb. Mit Urkunde vom 5. August 1748 erhielt sodann der Rechtsnachfolger M.s, Hans Georg Sch. in L., die Erlaubnis, neben der Walke und Wergreibe mit derselben Wasserkraft eine Oelmühle zu betreiben. Am 3. Januar 1752 wurde demselben gestattet, die Oelmühle in einen Dreischlag zu richten, womit wohl die Einrichtung eines dritten Wasserrads verbunden gewesen sein wird, ohne daß jedoch hierüber Akten vorhanden wären. Wann die Mühle zur Sägmühle eingerichtet worden ist, darüber ist den vorliegenden Akten nichts zu entnehmen. Da die im Jahre 1718 errichtete Walkmühle und Wergreibe an Stelle einer bisher unfern davon gestandenen Schleif- und Lohmühle errichtet wurde, ist anzunehmen, daß mit ihrer Konzession die Verleihung einer neuen Wassernutzung nicht verbunden war; jedenfalls geben die Akten hierüber keine Auskunft. Ueber die Entstehungsart der früheren Loh- und Schleifmühle und ihrer Wassernutzung fehlt es an jedem Anhaltspunkt und es ist nur so viel sicher, daß sie vor 1718 schon bestand. Es ist demnach den vorliegenden Akten mit Gewißheit nur zu entnehmen, daß das Nutzungsrecht der Beschwerdeführer in unvordenklicher Zeit vor 1718 entstanden ist. Für den Nachweis des rechtmäßigen Bestandes der Nutzung ist dies völlig ausreichend[1]).

Wenn die Beschwerdeführer aber glauben, durch die Berufung auf diesen Titel den privatrechtlichen Charakter ihres Nutzungsrechtes dargetan zu haben, so kann ihnen hierin nicht beigetreten werden. Die Rechtsprechung des Geheimen

[1]) Begründung zum Entwurf des Wassergesetzes a. a. O. S. 94, bei Rieder, Wassergesetz S. 243, und Haller, Wassergesetz S. 48; Göz, a. a. O. S. 144, 158, 411.

Rats und des früheren Obertribunals hat vielmehr in ständiger Uebung angenommen, daß die Berufung auf die unvordenkliche Verjährung nicht ohne weiteres zur Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte führe und der Verwaltungsgerichtshof hat sich ihnen hierin angeschlossen[1]).

Besonders für die Wassernutzungsrechte ist die unvordenkliche Verjährung dahin auszulegen, daß sie, wie in der Begründung zu dem Entwurf des Wassergesetzes bemerkt ist, die Vermutung der rechtmäßig erfolgten staatlichen Verleihung begründet und deren Beweis ersetzt und entbehrlich macht[2]).

Hienach ist durch den Nachweis der unvordenklichen Verjährung vorliegendenfalls nur so viel festgestellt, daß das Nutzungsrecht der Beschwerdeführer den durch staatliche Verleihung erworbenen Rechten gleich steht.

Nun glauben die Beschwerdeführer auch einer solchen Verleihung ohne weiteres die Wirkung der Begründung eines Privatrechts beilegen zu dürfen und sie berufen sich hiefür auf die Ausführungen in Langs Sachenrecht, Bd. II, S. 7 ff., wo die wohlerworbenen Sonderrechte an öffentlichen Gewässern für Privatrechte erklärt sind. Mit dieser Lehre befindet sich Lang für das Württ. Recht jedoch in Widerspruch mit der sonstigen Auffassung[3]), insbesondere auch mit der Rechtsprechung. Schon in der zur Entscheidung eines Kompetenzkonflikts ergangenen Allerhöchsten Entschließung vom 9. September 1846 ist auf Grund eines Gutachtens des Geheimen Rats ausgesprochen, daß die Konzession zur Anlegung eines Wasserwerks von der Staatsgewalt als solcher, nicht vom Staat als Fiskus, erfolge und daß das konzessionierte Recht zwar wohl in Verbindung mit dem dazu gehörigen Besitztum als Tauschwert in den Verkehr übergehe,

[1]) Göz, a. a. O. S. 144; Württ. Archiv, II S. 15, 142, 311, 315; VII S. 342; VIII S. 112; IX S. 72; XII S. 311; XV S. 70; Württ. Jahrbücher, III S. 212; XI S. 327.

[2]) Göz, a. a. O. S. 158; Amtsbl. des Min. des Innern, 1885 S. 215, 1887 S. 239.

[3]) Sarwey, Oeffentliches Recht S. 332, 356; Göz, a. a. O. S. 158.

daß es aber im Verhältnis zu den verleihenden Staatsbehörden kein Privatrecht werde. Letzteres treffe nur zu, wenn die Konzession, was im vorliegenden Fall, wie schon erörtert, mangels jeglichen Nachweises nicht in Frage kommen kann, in Form eines Kaufs, einer Erbpacht, eines Lehenvertrags erteilt worden sei[1]).

Dieser Auffassung hat sich das Obertribunal in ständiger Rechtsprechung angeschlossen[2]).

Steht hienach fest, daß das Wassernutzungsrecht der Beschwerdeführer schon vor Inkrafttreten des Wassergesetzes als öffentlichrechtliches Nutzungsrecht anzusehen war und daß es nicht erst durch Art. 1 Abs. 3 des Wassergesetzes aus einem Privatrecht zu einem öffentlichen Recht geworden ist, so kann kein Zweifel daran bestehen, daß es vom K. Ministerium des Innern mit Recht den Vorschriften des Art. 44 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 4 unterstellt worden ist.

Es ist aber in den vorliegenden Akten auch erwiesen, außerdem von den Beschwerdeführern vor der Kreisregierung ausdrücklich zugestanden, daß ihre Wassernutzung mindestens in der Zeit vom 1. Januar 1902 bis 1. Januar 1906 eingestellt war, wie auch, daß sich die Wasserbenützungsanlagen in dieser Zeit in einem ihre Benützung unmöglich machenden Zustand befunden haben. Das letztere Zugeständnis haben sie bei Begründung der vorliegenden Beschwerde insofern teilweise widerrufen, als sie behaupten, die Verjährungsfrist des Art. 44 laufe nicht, da das Mühlgebäude selbst und die Wehr- und Stauanlagen noch bestehen. Daß das Mühlgebäude noch steht, ist für die vorliegende Entscheidung unerheblich, da nach dem Wortlaut und Sinn des Gesetzes unter den zur Ausübung des Nutzungsrechts erforderlichen Vorrichtungen nur die Einrichtungen des Wasserbaus, von denen das Mühlgebäude als solches unabhängig ist, verstanden sind. Von den Einrichtungen des Wasserbaues sind allerdings noch vorhanden der Leerlauf und die auf einem stei-

[1]) Württ. Archiv, I S. 250 ff.

[2]) Württ. Gerichtsblatt, VIII S. 370 ff.

nernen Unterbau aufliegenden Wehrbalken. An dem ersteren fehlen jedoch die Falle und die Aufzugsvorrichtungen, an letzteren die Wehrfallen samt Aufzugsvorrichtung, von den vier Fallenständern ist nur noch ein einziger vorhanden. Das Wassertriebwerk fehlt vollständig. Das Eingehen des letzteren in Verbindung mit dem ihre Benützung unmöglich machenden Zustand am Leerlauf und Wehr erfüllt den Tatbestand des Art. 44 Abs. 1 Ziffer 2 in hinreichender Weise und es hat demnach das K. Ministerium des Innern sich in Uebereinstimmung mit dem Gesetze befunden, indem es das Wassernutzungsrecht der Beschwerdeführer für erloschen erklärt hat.

Hinsichtlich der für erloschen erklärten polizeilichen Genehmigung bestreiten die Beschwerdeführer die rechtliche Zulässigkeit der Anwendung der §§ 49 und 50 der Reichsgewerbeordnung auf ihre Wasserbenützungsanlage mit dem Vorbringen, diese Bestimmungen finden richtiger Ansicht nach nicht einmal auf die nach früherem Recht durch Konzessionserteilung erworbenen Realberechtigungen, geschweige denn auf solche Anwendung, die, wie hier, unvordenklichem Besitze ihre rechtliche Entstehung verdanken. Daß nun der Rechtstitel der unvordenklichen Verjährung für die Nutzung der Beschwerdeführer eine andere rechtliche Behandlung in keiner Weise begründet, als derjenige der Verleihung, ist schon oben dargelegt. Für die Errichtung einer zur Ausübung einer verliehenen Nutzung erforderlichen Wasserbauanlage war aber auch schon vor dem Inkrafttreten der Reichsgewerbeordnung in Württemberg polizeiliche Genehmigung erforderlich. Es war dies nicht nur ausdrücklich vorgeschrieben in Art. 4 lit. d der allgemeinen Gewerbeordnung vom 22. April 1828, Reg.Bl. S. 237, dem Art. 4 lit. d der revidierten Gewerbeordnung vom 5. August 1836 und in der bis zur Reichsgewerbeordnung in Geltung gewesenen Gewerbeordnung vom 12. Februar 1862, sondern es geht auch für die frühere Zeit unzweifelhaft hervor aus den Bestimmungen der Müllerordnung vom 5. Mai 1627 (Reyscher XII S. 958) und der Müller- und Mühlenordnung vom 10. Januar 1729 (Rey-

scher XIV S. 48). Nach § 50 der Reichsgewerbeordnung kann deshalb § 49 Abs. 3 derselben auf die Anlage der Beschwerdeführer Anwendung finden und da die sachlichen Voraussetzungen der letzteren Bestimmung unzweifelhaft zutreffen, ist die Verfügung des K. Ministeriums des Innern auch in diesem Punkte als zu Recht ergangen anzusehen. Hieran wird dadurch nichts geändert, daß es allerdings bestritten und in Württemberg verneint ist, ob der § 50 der Reichsgewerbeordnung auf Realgewerbeberechtigungen Anwendung findet. Denn eine solche stellt das Wassernutzungsrecht der Beschwerdeführer nicht dar, wenn es auch mit einem Grundstück verbunden ist.

Wurden hienach das Nutzungsrecht und die polizeiliche Genehmigung der Wasserbenutzungsanlage der Beschwerdeführer mit Recht für erloschen erklärt, so stand den Polizeibehörden gemäß Art. 44 Abs. 2 und Art. 112 Abs. 1 des Wassergesetzes das Recht zu, die nun nicht mehr zu Recht bestehende Anlage durch die Beschwerdeführer beseitigen zu lassen und es war demnach die angefochtene Verfügung auch in dieser Richtung nicht zu beanstanden.

Urteil vom 15. Mai 1907 in der Rechtsbeschwerdesache der K. B. und Gen. in L.

36.

Zur Frage des Umfangs des Selbstverwaltungsrechts der Ortskrankenkassen.

Die Gründe besagen:

I. Der Kassenvorstand der Ortskrankenkasse G. beschloß in seiner Sitzung vom 3. Januar 1907, an die im Bezirk G. in Betracht kommenden Kandidaten für die Reichstagswahl folgende Anfragen zu stellen:

1. Werden Sie jeden Reformplan für die Arbeiterversicherung ablehnen, der die Selbstverwaltungsrechte, wie sie heute bei den Ortskrankenkassen bestehen, beschränken will? Sind Sie für eine Reform, wie sie der Verband der Orts-

krankenkassen Deutschlands vorgeschlagen hat?

2. Sind Sie für die obligatorische Einführung der Proportionalwahl bei den Krankenkassen?

Die einlaufenden Antworten sollten veröffentlicht werden.

Der Vorsitzende beanstandete diesen Beschluß wegen Unzuständigkeit des Kassenvorstands und legte ihn gemäß § 46 Abs. 3 des Kassenstatuts mit Bericht vom 7. Januar dem Gemeinderat H. als der Aufsichtsbehörde zur Prüfung vor. Auf Grund einer Verhandlung vom 11. Januar 1907 kam der Gemeinderat G. zu dem Beschluß, die Ausführung des Beschlusses der Ortskrankenkasse vom 3. l. Mts. zu beanstanden: für die Verwaltung der Krankenkasse sei es nicht dienlich, zu politischen Fragen Stellung zu nehmen; einseitige parteipolitische Fragen zu behandeln sei weder gesetzlich noch statutarisch Aufgabe der Krankenkassen.

Gegen den Beschluß des Gemeinderats erhob der Vorstand der Ortskrankenkasse mit Beschluß vom 14. und 31. Januar 1907 formrichtig und rechtzeitig Beschwerde an das K. Oberamt G. mit der Begründung, daß der Beschluß des Gemeinderats der gesetzlichen Grundlage entbehre und das Selbstverwaltungsrecht des Kassenvorstands verletze. Das Oberamt G. hat diese Beschwerde vom 23. März 1907 als rechtlich unbegründet abgewiesen: der beanstandete Beschluß des Kassenvorstands bewege sich nicht mehr innerhalb des Rahmens der Wahrnehmung der Angelegenheiten der Kasse auf Grund von Gesetz und Statut, sondern bezwecke die Bindung von Reichstagsabgeordneten an den Beschluß einer Krankenkasse und damit die direkte Beeinflussung künftiger Gesetzgebung in Arbeiterversicherungssachen; da diese Gesetzgebung jedoch Sache der Reichsorgane sei und die Mitglieder des Reichstags Vertreter des gesamten Volkes und an Aufträge und Instruktionen nicht gebunden seien, so stelle sich die beschlossene Fragestellung als ein Eingriff in die gesetzlich garantierte Freiheit der Abgeordneten dar und enthalte damit einen Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften. Außerdem sei der Kassenvorstand durch den Beschluß nicht

in einem ihm zustehenden Recht verletzt.

Nachdem die oberamtliche Entscheidung dem ersten Vorsitzenden des Kassenvorstands am 2. April 1907 zugestellt worden war, ist am 25. April ein von dem zweiten Vorsitzenden des Kassenvorstands unterzeichneter Schriftsatz bei dem K. Verwaltungsgerichtshof eingekommen, wonach von dem Kassenvorstand der Ortskrankenkasse G. gegen die oberamtliche Entscheidung vom 23. März unter Berufung auf die vorliegenden Akten Beschwerde erhoben und die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung beantragt wird. Nach den der Beschwerdeschrift angeschlossenen Schriftstücken ist der Beschluß in betreff der Erhebung der weiteren Beschwerde folgendermaßen zu stand gekommen: In der Sitzung des Kassenvorstands vom 16. April 1907 waren von 27 Vorstandsmitgliedern anfänglich 13 und bei der Beschlußfassung 12 anwesend; für den Antrag eines Vorstandsmitglieds, gegen die oberamtliche Entscheidung Beschwerde einzulegen, haben 8 Mitglieder gestimmt, gegen den Antrag 2 Mitglieder, weitere 2 Mitglieder haben sich der Abstimmung enthalten. Am Schlusse des Protokolls ist bemerkt: „Infolge Beschlußunfähigkeit der heutigen Sitzung sollen zwecks Vermeidung der Einberufung einer erneuten Sitzung wegen dieses Gegenstands bei den zur heutigen Sitzung nicht erschienenen Vorstandsmitgliedern deren Erklärungen eingeholt werden". Bei der schriftlichen Umfrage haben dann 5 Mitglieder für und 7 Mitglieder gegen die Erhebung weiterer Beschwerde gestimmt, 3 Mitglieder haben sich der Abstimmung enthalten. Das Abstimmungsergebnis wurde hierauf dahin festgestellt, daß der Antrag auf Beschwerdeerhebung mit 13 gegen 9 Stimmen angenommen worden sei.

II. An sich ist die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde gegen die auf Grund des § 45 Abs. 1 des Krankenversicherungsgesetzes erlassene Anordnung der Aufsichtsbehörde, im vorliegenden Falle des Gemeinderats G., nicht zu beanstanden. Das Reichsgesetz vom 25. Mai 1903 Art. I Ziff. XVI hat dem § 45 des Krankenversicherungsgesetzes einen Absatz 6

beigefügt, wonach die von der Aufsichtsbehörde auf Grund des Abs. 1 getroffenen Anordnungen von dem Vorstand oder der Generalversammlung der Kasse oder von dem durch die Anordnung betroffenen Vorstandsmitgliede binnen vier Wochen nach der Zustellung angefochten werden können, sofern die Anfechtung darauf gestützt wird, daß die getroffene Anordnung rechtlich nicht begründet und die Kasse oder das Vorstandsmitglied durch die Anordnung in einem Rechte verletzt oder mit einer rechtlich nicht begründeten Verbindlichkeit belastet sei. Zur Ausführung dieses Reichsgesetzes hat das württembergische Gesetz vom 3. November 1904 in seinem Art. 2 dem Art. 14 des Gesetzes vom $\frac{\text{16. Dezember 1888}}{\text{12. Mai 1893}}$ betreffend die Krankenpflegeversicherung und die Ausführung des Krankenversicherungsgesetzes eine Fassung gegeben, wonach in den Fällen des § 45 Abs. 6 des Krankenversicherungsgesetzes den Beteiligten gegen die Verfügung der Aufsichtsbehörde Beschwerde an die derselben vorgesetzte Stelle und gegen die Entscheidung der letzteren die Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof mit der Maßgabe zusteht, daß die Frist zu ihrer Erhebung vier Wochen beträgt. Im vorliegenden Fall ist auch mit der die Beschwerdeerhebung des Kassenvorstands bezweckenden Eingabe diese Frist eingehalten worden.

III. Die Rechtsbeschwerde war jedoch als unbegründet abzuweisen aus folgenden Erwägungen:

1. Beschwerdeführer ist der aus einer Mehrheit von Personen bestehende Kassenvorstand der Ortskrankenkasse G. Die Erhebung der Beschwerde durch diesen Vorstand setzt eine entsprechende rechtsgültige Willenserklärung voraus; eine solche rechtsgültige Willenserklärung kann nur gefunden werden in einer mit dem Gesetze und dem Statut übereinstimmenden Beschlußfassung des Vorstands. Nach § 35 Abs. 1 des Krankenversicherungsgesetzes vertritt der Vorstand die Kasse gerichtlich und außergerichtlich und führt nach Maßgabe des Kassenstatuts die laufende Verwaltung derselben; nach § 38 Abs. 1 des Sta-

tuts der Ortskrankenkasse G. besteht der Vorstand aus 27 Mitgliedern und § 43 dieses Statuts schreibt für die Beschlußfassung vor:

„Der Vorstand ist beschlußfähig, wenn mehr als die Hälfte seiner Mitglieder anwesend ist. Er faßt seine Beschlüsse mit Stimmenmehrheit der in der Sitzung Anwesenden.“ Diesen Erfordernissen entspricht der der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof zu Grund liegende Beschluß vom April 1907 in keiner Weise. In der Sitzung des Kassenvorstands vom 16. April 1907 war statutenmäßige Beschlußfähigkeit nicht vorhanden und konnte daher eine rechtsgültige Abstimmung nicht vorgenommen werden; ein rechtsgültiger Beschluß ist in dieser Sitzung nicht gefaßt worden, die acht Stimmen für den Antrag auf Erhebung der weiteren Beschwerde insbesondere entbehren der rechtmäßigen Abgabe. Da nach dem Statut die Beschlüsse mit Stimmenmehrheit der in der Sitzung Anwesenden gefaßt werden müssen, ermangelt die Ergänzung des in der beschlußunfähigen Sitzung gefaßten Beschlusses im Wege der schriftlichen Umfrage ebenfalls der Rechtmäßigkeit. Somit ist innerhalb der gesetzlich zur Erhebung der Beschwerde bestimmten Frist ein rechtsgültiger den Anforderungen des Kassenstatuts genügender Beschluß des Kassenvorstands in betreff der Erhebung der Rechtsbeschwerde an den Verwaltungsgerichtshof nicht gefaßt worden; schon aus diesem Grunde kann der Beschwerde eine Folge nicht gegeben werden.

2. Jedenfalls fehlt auch der nach dem Gesetz für die Beschwerde erforderliche Nachweis, daß durch die angefochtene Anordnung die Kasse oder deren Vorstand in einem Recht verletzt worden ist. Anfragen an einen Bewerber um ein Reichstagsmandat dienen dem Zweck, den Anfragenden über die Anschauungen des Bewerbers aufzuklären und ihm damit Anhaltspunkte für die Ausübung seines Wahlrechts zu geben; eine Behinderung solcher Anfragen kann daher unter den Gesichtspunkt einer Beeinträchtigung des Wahl-

rechts der zu Anfragen geneigten Person gestellt werden. Nun stand aber bei der fraglichen Reichstagswahl weder der Ortskrankenkasse G. noch deren Vorstand als solchem ein Wahlrecht zu; die Beeinträchtigung eines Wahlrechts konnte daher für diese nicht in Frage kommen. Soweit den einzelnen Mitgliedern des Kassenvorstands das Reichstagswahlrecht zustand, waren sie durch den angefochtenen Gemeinderatsbeschluß in keiner Weise behindert, in ihrer Eigenschaft als Wahlberechtigte beliebige Fragen an die Bewerber zu stellen; das ihnen zustehende Reichstagswahlrecht ist somit durch die angefochtene Entscheidung nicht berührt worden.

Urteil vom 22. Mai 1907 in der Rechtsbeschwerdes. des Vorstands der Ortskrankenkasse G.

37.

Bösartige Hunde sind von Polizei wegen töten zu lassen.

Ueber das Erfordernis der Bösartigkeit äußern sich die Gründe einer Entscheidung folgendermaßen:

Nach Art. 13 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 über die Verwaltungsrechtspflege liegt dem Beschwerdeführer der Nachweis ob, daß die angefochtene Entscheidung rechtlich nicht begründet ist und daß er hiedurch in einem ihm zustehenden Recht verletzt oder mit einer ihm nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet ist. Im vorliegenden Fall ist dieser Nachweis nicht erbracht, der rechtzeitig und formrichtig angebrachten Beschwerde kann daher eine Folge nicht gegeben werden.

Auf Grund der Ermächtigung in Art. 22 Ziff. 3 des württemberg. Polizeistrafgesetzes vom $\frac{\text{27. Dezember 1871}}{\text{4. Juli 1898}}$ hat das K. Ministerium des Innern in § 5 der Verfügung vom 5. November 1874, betreffend den Schutz des Publikums gegen Gefährdung und Belästigung durch Hunde (Reg.Bl. S. 245) bestimmt: „Bösartige Hunde, wohin insbesondere diejenigen zu zählen sind, welche ungereizt

einen Menschen angefallen haben, ebenso räudige und sonst mit eckelhaften Krankheiten behaftete Hunde sind von Polizeiwegen töten zu lassen".

Der Beschwerdeführer bestreitet der Polizeibehörde das Recht zur Tötung seines Hundes mit dem Vorbringen, der Hund sei nicht bösartig, er habe auch den Briefträger nicht ungereizt angefallen, er sei vielmehr durch das Herbeieilen seiner Herrin in der Richtung gegen den das K'sche Anwesen betretenden Briefträger hiezu angereizt worden. Es liege in der Natur eines normalen, wachsamen Hofhundes, seinen Herrn oder dessen Angehörige bei einem Angriff gegen Fremde zu unterstützen. Ob ein Angriff der Frau gegen den Briefträger tatsächlich vorgelegen oder von dem Hund nur mißverständlich angenommen worden sei, sei unerheblich.

Dieses Vorbringen ist zu verwerfen. Durch das einwandfreie Zeugnis des Postboten ist festgestellt, daß er sich dem Hause des Beschwerdeführers näherte, ohne auch nur die geringste Bewegung zu machen, die den Hund hätte reizen können und daß die Ehefrau des Beschwerdeführers erst erschienen ist, nachdem er von dem Hund schon gebissen war. Eine Reizung des Hundes seitens des Postboten oder seiner Herrin hat demnach nicht stattgefunden. In dem bloßen Zueilen der Herrin auf den Briefträger könnte eine solche auch keineswegs erblickt werden. Hat demnach der Hund den Postboten ungereizt angefallen, so ist er von der Polizeibehörde mit Recht zu den bösartigen Hunden im Sinne des § 5 der Min.-Verf. vom 5. November 1874 gezählt worden und sie war zur Anordnung seiner Tötung gesetzlich befugt.

Dem vorliegenden Tatbestand gegenüber sind die vom Beschwerdeführer vorgelegten Bescheinigungen des Oberamtstierarztes und mehrerer anderer Personen, in denen der Hund als nicht bösartig bezeichnet wird, nicht von Erheblichkeit.

Urteil vom 22. Mai 1907 in der Rechtsbeschwerdes. des Chr. K. in R.

38.

Die Gemeindeeinwohner sind in gleicher Weise zur Benützung der Gemeindeanstalten berechtigt und zur Teilnahme an den Gemeindelasten verpflichtet.

In den Gründen einer das erstinstanzliche Urteil abändernden Entscheidung ist in dieser Richtung ausgeführt:

Der Verwaltungsgerichtshof konnte den Standpunkt des angefochtenen Urteils in sachlicher Beziehung nicht als zutreffend anerkennen. Art. 46 des Gemeindeangehörigkeitsgesetzes vom 16. Juni 1885 (Reg.Bl. S. 257) besagt, daß diejenigen Einwohner der Gemeinden, welche das Bürgerrecht nicht besitzen, nach den gleichen Grundsätzen wie die Bürger zur Benützung der öffentlichen Gemeindeanstalten berechtigt und zur Teilnahme an den Gemeindelasten verpflichtet seien. In der Begründung zu Art. 32 und 43 des Entwurfs (Art. 35 und 46 des Gesetzes) (Verh. der Kammer der Abg. 1883/84 I. Beil. Bd. 1. Abtlg. S. 432 und 435) ist ausgeführt, daß es nicht gerechtfertigt wäre, die das Bürgerrecht nicht besitzenden Einwohner nach anderen Grundsätzen als die Bürger zu den Steuern und sonstigen Gemeindelasten heranzuziehen oder den Bürgern weitere, als die in diesem Gesetze eingeräumten Vorrechte zu gewähren. In dem Bericht der Kammer der Abgeordneten (I. Beil. Bd. 2. Abtlg. S. 681 ff.) wird dieser Grundsatz als berechtigt anerkannt und wörtlich ausgeführt: „Die Gemeinsamkeit und Gleichheit in Benützung der öffentlichen Gemeindeanstalten rechtfertigt sich auch von selbst durch die längst bestehende Verpflichtung sämtlicher Steuerpflichtigen einer Gemeinde, an dem Gemeindeaufwand nach dem Steuerfuß ohne Rücksicht auf persönliche Verhältnisse beizutragen. Dem Art. 46 des Gemeindeangehörigkeitsgesetzes liegt also der Gedanke der gleichmäßigen Behandlung sämtlicher Einwohner einer Gemeinde in bezug auf die Benützung öffentlicher Gemeindeanstalten und in bezug auf die Heranziehung zur Tragung der Gemeindelasten zugrunde. Der Unterrichter

glaubt freilich dem Art. 46 a. a. O. eine Bedeutung für den vorliegenden Fall deshalb nicht beilegen zu sollen, weil es sich um den Unterschied von Einwohnern und Bürgern nicht handle, sondern nur folgende Kategorien von Personen hier in Betracht kämen:

a) solche, welche Gemeindeschaden bezahlen, darunter

α. diejenigen, welche Hauswasserleitung erhalten haben,

β. diejenigen, bei welchen dies nicht zutreffe,

b) solche, welche keinen Gemeindeschaden bezahlen und doch eine Hauswasserleitung erhalten haben.

Allein es bedarf keiner weiteren Begründung, daß lediglich durch eine andere Gruppierung der Einwohner einer Gemeinde der oben ausgesprochene, im Gesetz anerkannte Grundsatz nicht beseitigt werden kann. Gegen diesen Grundsatz aber hat die Gemeinde D. verstoßen, denn aus ihm folgt zweierlei:

1) daß zu der Benützung einer öffentlichen Gemeindeanstalt alle Einwohner einer Gemeinde unter den gleichen Voraussetzungen zuzulassen sind, daß es demnach unzulässig wäre, die Zuführung einer Hauswasserleitung in einzelne Gebäude von besonderen, nicht in der Sache gelegenen Bedingungen, die anderen Einwohnern unter gleichen Verhältnissen nicht auferlegt werden, abhängig zu machen. Es kann hienach dem Einwand der Beklagten, daß sie die Hauswasserleitung dem Pfarrgebäude nicht zugeführt hätte, wenn der Pfarrer sich zur Bezahlung des Wasserzinses nicht verpflichtet hätte, eine maßgebende Bedeutung nicht beigelegt werden, wie es sich auch unter den vorliegenden Verhältnissen als gesetzlich unzulässig darstellen würde, die Wasserleitung für das Pfarrgebäude aus dem Grund zu schließen, weil der Pfarrer sich weigerte, den ihm auferlegten Wasserzins fernerhin zu bezahlen (vergl. das Urteil des Verwaltungsgerichtshofs vom 17. Juni 1903). Der bezeichnete Grundsatz enthält aber

2) die Forderung, daß bei der Verteilung der Gemeindelasten auf die Gemeindeeinwohner — sei es, daß der erforderliche Aufwand durch Steuern oder Gebühren oder durch

beides oder auf sonstige Weise gedeckt wird — alle Einwohner gleichmäßig behandelt werden, daß somit Unterschiede, die nicht in der Sache begründet sind, nicht gemacht werden dürfen. Hieraus ergibt sich ohne weiteres, daß dann, wenn zur Deckung der Kosten einer Wasserleitung nicht allgemein Wasserzinse erhoben, sondern die Kosten unter dem allgemeinen Gemeindeaufwand umgelegt werden, von einzelnen Einwohnern keine größeren Leistungen verlangt werden dürfen, als ihnen nach den maßgebenden Steuergesetzen obliegen. Auch die Gemeindeautonomie kann hier nicht angerufen werden, da diese Autonomie nur insoweit besteht, als sie nicht durch Gesetze beschränkt ist. Die Uebernahme der Wasserleitungskosten auf die Gemeindeumlage hat freilich zur Folge, daß diese Kosten nicht nach einem unbedingt gerechten Maßstab verteilt werden, sondern daß nur ein Ausgleich im allgemeinen eintritt, aber das muß eben als Schattenseite gegenüber dem Vorzug der Einfachheit der Erhebung in den Kauf genommen werden. Jedenfalls ist es ein eigentümliches Verfahren, wenn, wie es die Gemeinde D. macht, zwar von denjenigen, welche in nicht gemeindesteuerpflichtigen Gebäuden wohnen, ein besonderer Wasserzins erhoben, denjenigen dagegen, welche an die Hauswasserleitung gar nicht angeschlossen sind sowie den Ausmärkern, die keinen Nutzen von der Wasserleitung haben, die Gemeindesteuer im vollen Betrag ohne Abzug angesetzt wird. Auf diese Weise wird ein Ausgleich nur nach der einen, der Gemeinde günstigen Seite geschaffen. Der Umstand also, daß der Pfarrer in einem Gebäude wohnt, das gesetzlich zur Gemeindegebäudesteuer nicht herangezogen werden darf, berechtigt die Gemeinde insolange, als sie nicht allgemein besondere Wasserzinse erhebt, durchaus nicht, von ihm aus diesem Grunde eine besondere Leistung zu verlangen. Hierin liegt in der Tat eine Umgehung der gesetzlichen Bestimmungen über das Recht der Gemeinden zur Steuererhebung, die der Willkür Tür und Tor öffnen würde und zu bedenklichen Folgen führen könnte. Darüber aber kann kein Zweifel bestehen,

daß außer dem Pfarrer und den Lehrern niemand in D. neben der ihm obliegenden Gemeindesteuer einen besonderen Wasserzins bezahlt. An dieser Tatsache wird da durch nichts geändert, daß etwa 30 Prozent der Gemeindeumlage durch die Wasserleitung hervorgerufen sein mögen.

Es ist übrigens noch darauf hinzuweisen, daß der Pfarrer keineswegs von der Gemeindesteuer ganz befreit ist. Nach dem am 1. April 1904 in Geltung gewesenen Recht hat der Kläger gemäß Art. 1 des Gesetzes vom 15. Juni 1853, betreffend die Besteuerung des Dienst- und Berufseinkommens für die Zwecke der Amtskörperschaften und Gemeinden (Reg.-Bl. S. 170 1) aus seinem Diensteinkommen Gemeindesteuer zu entrichten und gemäß Art. 1 des Gesetzes vom 5. Oktober 1858, betreffend die Besteuerung der Amtswohnungen und Besoldungsgüter öffentlicher Diener für Zwecke der Amtskörperschaften und Gemeinden (Reg.Bl. S. 206) hat er die ihm zum Genuß verliehene Amtswohnung gegen die Gemeinde nach dem Nutzungswerte in der Diensteinkommenssteuer zu versteuern. Allerdings ist der Höhe der zu erhebenden Steuer gesetzlich eine Grenze gezogen, aber gerade diese gesetzliche Bestimmung darf von der Gemeinde nicht umgangen werden. Nach dem seit dem 1. April 1905 in Kraft getretenen Gesetz vom 8. August 1903, betreffend die Besteuerungsrechte der Gemeinden und Amtskörperschaften (Reg.Bl. S. 397) hat der Kläger sein Diensteinkommen in der Gemeindeeinkommensteuer, die in der Gemeinde D. tatsächlich erhoben wird, zu versteuern und auch hier ist wieder der Wert der freien Dienstwohnung nach dem ortsüblichen Mietwert anzuschlagen (Art. 15 des Einkommensteuergesetzes vom 8. August 1903, Reg.Bl. S. 261, § 12 der Verfügung des Finanzministeriums vom 9. Juni 1904, Reg.Bl. S. 261 und § 10 der Anweisung des Steuerkollegiums, Abteilung für direkte Steuern, vom 14. Juni 1904).

Urteil vom 9. Januar 1907 in der Berufungssache des Pf. O. M. in D. gegen die Gemeinde D.

III.

Abhandlung.

Die Strafbarkeit des Redakteurs wegen Veröffentlichung unzulässiger Losangebote.

Von Staatsanwalt Dr. Ensinger in Heilbronn.

Das K. Ministerium des Innern hat mit Erlaß vom 25. Mai 1906 (Amtsbl. S. 167) die K. Oberämter beauftragt, gegen die öffentliche Ankündigung nicht zugelassener Lotterien oder anderer als der genehmigten Losanteile nach Art. 7 Z. 3 und Z. 3a PStG. einzuschreiten und zwar nicht nur gegen die Loshändler selbst, sondern auch gegen die Redakteure der betr. Blätter. „Soweit bei solchen Ankündigungen — heißt es im Erlaß — die Strafbarkeit der Ankündigenden begründet ist, macht sich auch der Redakteur der betr. Zeitung nach §§ 20, 21 des Reichsgesetzes über die Presse vom 7. Mai 1874 strafbar." Die Oberämter werden daher angewiesen, die Redakteure auf ihre Strafbarkeit aufmerksam zu machen und in Zukunft zu strafen. Bei genauerer Prüfung der einschlägigen Gesetzesbestimmungen findet man aber, daß ein erfolgreiches Einschreiten gegen solche Redakteure zwar in manchen Fällen ohne weiteres möglich ist, in anderen Fällen aber ein ungeahnt schwerfälliges Verfahren, nämlich nicht einfach die Erlassung einer Strafverfügung sondern Voruntersuchung und Schwurgerichtsverhandlung, erfordern würde und in zahlreichen Fällen unmöglich ist.

Das Strafgesetz lautet (unter Weglassung des Nebensächlichen): Bestraft wird

Art. 7 Z. 3 Abs. 1: „wer Lose von öffentlichen Lotterien, welche außerhalb Württembergs veranstaltet sind und die erforderliche Genehmigung der zuständigen württembergischen Behörde nicht erlangt haben (oder Promessen von solchen), absetzt, anbietet oder feilhält".

Abs. 2: „dieselbe Strafe trifft denjenigen, welcher als Mittelsperson in gewinnsüchtiger Absicht den Ankauf oder Verkauf von solchen Losen oder Bezugsscheinen befördert".

Art. 7 Z. 3a Abs. 1: „wer in gewinnsüchtiger Absicht andere als die von der zuständigen württembergischen Behörde genehmigten Anteile oder Abschnitte von Losen zu öffentlichen Lotterien (oder Promessen) absetzt, anbietet oder feilhält".

Abs. 2: „dieselbe Strafe trifft denjenigen, welcher als Mittelsperson gewerbsmäßig den Ankauf oder Verkauf von solchen Anteilen, Abschnitten oder Urkunden befördert".

Abs. 3: „die vorstehenden Bestimmungen finden auch Anwendung auf den Verkehr mit Anteilen von Inhaberpapieren mit Prämien im Sinn des Reichsgesetzes vom 8. Juni 1871 (RGBl. S. 210) oder mit Promessen von solchen".

Die in diesen Jahrb. Bd. 18 S. 82 abgedruckte Entscheidung des K. Oberlandesgerichts legt nun ausführlich dar, daß der Redakteur unter gewöhnlichen Verhältnissen (wenn er also nicht etwa selbst einen Loshandel treibt oder gemeinsame Sache mit einem Loshändler macht, sondern nur auftragsgemäß das Angebot eines Loshändlers veröffentlicht), nach Art. 7 Ziff. 3 Abs. 2 oder Z. 3a Abs. 2 strafbar, daß aber seine Bestrafung nach Abs. 1 von Z. 3 oder Z. 3a in Verbindung mit § 20 des Preßgesetzes ausgeschlossen sei. Der Redakteur kann, so wird ausgeführt, nicht Täter oder Mittäter des Loshändlers sein, da es ihm nur um die Unterstützung eines fremden Unternehmens zu tun ist und die

Tätigkeit des Redakteurs in etwas ganz anderem besteht als die Tat des Loshändlers. Die Tat des Abs. 1 von Z. 3 und Z. 3a besteht im Anbieten (Feilhalten oder Absetzen) von Losen und Losanteilen, die Tat des Redakteurs aber nur im Ankündigen des Anbietens; der Anbietende erklärt sich zur Lieferung bereit, der ankündigende Redakteur gibt nur bekannt, daß ein anderer hiezu bereit sei; er ist also nur Gehülfe des Anbietenden und er wäre, da Beihilfe zu einer Uebertretung straflos ist, an sich nicht strafbar, wenn nicht durch die im Jahre 1898 eingeführten zweiten Absätze der Z. 3 und 3a die Beförderung des Anbietens ausdrücklich unter Strafe gestellt worden wäre.

Während nun das Anbieten verbotener Lose (Art. 7 Z. 3) bekanntlich auch schon bei Fahrlässigkeit strafbar ist (Entsch. d. OLG. in diesen Jahrb. Bd. 16 S. 64), setzt die Beförderung des Anbietens verbotener Lose oder verbotener Losanteile (ebenso wie das Anbieten verbotener Losanteile i. S. d. Art. 7 Z. 3a) offenbar stets Wissentlichkeit, Vorsatz voraus. Wenn dies nicht schon aus dem Wort „befördern" zu schließen sein sollte, so ergibt es sich jedenfalls ganz zweifellos daraus, daß in Z. 3 nur die in gewinnsüchtiger Absicht, in Z. 3a nur die gewerbsmäßig erfolgende Beförderung unter Strafe gestellt ist. Da die Gewerbsmäßigkeit die auf fortdauernden Erwerb gerichtete Absicht erfordert, so muß also bei der Beförderung stets eine bestimmte Absicht vorgelegen haben; sie kann mithin nur strafbar sein, wenn sie eine wissentliche, vorsätzliche gewesen ist. Dies ist für eine preußische gleichlautende Vorschrift auch vom Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 5 S. 315 ausgesprochen worden. Hienach muß der Redakteur mindestens mit dolus eventualis gehandelt haben; er muß gewußt haben, daß es sich bei dem Losangebot um Lose oder Losanteile handelte, die in Württemberg nicht zugelassen waren, oder er muß mindestens den Mangel der Zulassung für möglich gehalten und auch für diesen Fall die Veröffentlichung des Angebots gewollt haben.

Von vornherein sind also aus Art. 7 nicht strafbar Redakteure, welche bei Annahme des Inserates gar nicht bemerkt haben, daß es eine Anpreisung von Losen oder von Losanteilen enthielt, obwohl sie dies bei Anwendung auch nur geringer Sorgfalt leicht hätten entdecken müssen, oder welche wenn auch sehr leichtfertig angenommen haben, die Lose oder Losanteile seien zugelassen. Dabei ist zuzugeben, daß die Fassung der Losangebote nicht selten absichtlich eine etwas unklare ist; mancher Loshändler bringt in seinem Angebot die Art des Lotterieunternehmens (Hamburger, preußische Lotterie) gar nicht zum Ausdruck, er hebt nur die Höhe der Gewinne, den Ziehungstag und den Preis des Loses hervor, was freilich die Bestrafung des Loshändlers nicht ausschließt; der Redakteur aber wird in diesem und in dem weiteren, sehr häufig vorkommenden Fall, wo das Inserat deutlich „im ganzen deutschen Reich gesetzlich zugelassene Prämienlose" und nur ganz versteckt auch Anteile an solchen anbietet, leicht einer Bestrafung sich entziehen können. Allerdings wird, nachdem durch den Eingangs erwähnten Erlaß alle Redakteure durch die Oberämter besonders belehrt worden sind, die Einrede der Nichtkenntnis der Zulassung der Lotterie u. s. w. besonders sorgfältig zu prüfen sein.

Weiterhin aber scheiden aus dem Kreis der strafbaren Redakteure diejenigen aus, welche ein unter Z. 3 Abs. 1 fallendes unzulässiges Losangebot zwar wissentlich, in Kenntnis des Mangels der Zulassung, aber nicht in gewinnsüchtiger Absicht veröffentlicht haben; zwar wird dieser Fall nicht gerade häufig sein, weil die gewinnsüchtige Absicht bei jeder entgeldlichen Veröffentlichung anzunehmen sein wird, aber denkbar ist der Fall doch, z. B. bei Uebernahme eines Inserates aus einer andern Zeitung zur Ausfüllung leeren Raumes ohne Auftrag des Loshändlers, was namentlich bei Neugründung von Zeitungen und bei kleinen Lokalblättern auch nachher noch nicht selten vorkommt.

Sehr häufig aber werden die Fälle sein, daß dem Re-

dakteur bei Inseraten, die unter Z. 3 a fallen, die Gewerbsmäßigkeit nicht nachgewiesen werden kann. Denn wenn auch an und für sich ein einmaliges, bezahltes Inserat zur Annahme der Gewerbsmäßigkeit dann genügen kann, wenn der auf wiederholte Bekanntgabe solcher Anzeigen gerichtete Erwerbswille festgestellt wird, so wird eben doch diese letztere Feststellung für die Regel nicht möglich sein und es kann ziemlich lange dauern, bis ein Redakteur wirklich einmal wegen Beförderung des Loshandels gestraft werden kann; das eine Mal wird nur Fahrlässigkeit, das zweite Mal zwar Wissentlichkeit, aber keine gewinnsüchtige Absicht oder keine Gewerbsmäßigkeit, das dritte Mal vielleicht wieder nur Fahrlässigkeit tatsächlich festgestellt werden können.

So scheint es, daß die in der Novelle zum Polizeistrafgesetz im Jahre 1898 unter anderem auch gerade zur Ermöglichung eines erfolgreichen Einschreitens gegen die Redakteure beschlossene Erweiterung der gesetzlichen Bestimmungen zur Bekämpfung des verbotenen Loshandels in der Praxis den erwarteten Erfolg nicht zu erzielen vermöge. —

Diese Gesetzesbestimmungen scheinen aber auch dann keine besonders glückliche zu sein, wenn man weiter den bis jetzt außer Betracht gelassenen § 21 des Preßgesetzes zur Erörterung heranzieht. Er lautet: „Begründet der Inhalt einer Druckschrift den Tatbestand einer strafbaren Handlung, so sind der verantwortliche Redakteur, der Verleger, der Drucker, der Verbreiter, soweit sie nicht nach § 20 als Täter oder Teilnehmer zu bestrafen sind, wegen Fahrlässigkeit mit Geldstrafe bis zu 1000 M. oder mit Haft oder mit Festungshaft oder mit Gefängnis bis zu einem Jahr zu belegen, wenn sie nicht die Anwendung der pflichtgemäßen Sorgfalt oder Umstände nachweisen, welche diese Anwendung unmöglich gemacht haben. Die Bestrafung bleibt jedoch für jede der benannten Personen ausgeschlossen, wenn sie als den Verfasser oder Einsender, mit dessen Einwilligung die Veröffentlichung geschehen ist, eine Person bis zur Verkündigung des ersten Urteils nachweist, welche in dem Bereich der richterlichen Ge-

walt eines deutschen Bundesstaates sich befindet". Da im Eingang dieses § vom Tatbestand einer strafbaren Handlung schlechtweg die Rede ist, so genügt zu ihrer Anwendung auch das Voliegen des Tatbestandes einer Uebertretung und zwar auch einer nur landesgesetzlich strafbaren Uebertretung. Denn darüber, daß das Reichsgesetz über die Presse auch auf das dem Landesstrafrecht vorbehaltene Gebiet sich erstreckt, herrscht kein Streit; Marquardsen bemerkt in seinem Kommentar zum Preßgesetz bei § 20: „Der Ausdruck allgemeine Strafgesetze ist gewählt worden, weil sich die Materie durch das StGB. für das Deutsche Reich nicht erschöpft, z. B. Verbote von Lotterieanzeigen nach landesrechtlicher Bestimmung auch darunter fallen; z. vgl. ferner Liszt, Deutsches Reichspreßrecht § 40 a. E., Schicker, Polizeistrafrecht zu Art. 7 Z. 3, RGE. Bd. 5 S. 301 und OLG. Stuttgart W.Jahrb. Bd. 18 S. 82 (insbes. S. 84).

Der § 21 kommt also immer dann in Betracht, wenn 1) der Loshändler von Anfang an im Ausland sich aufhält (und die Inserate ungarischer, dänischer, holländischer Loshändler sind sehr häufig) oder nach Einleitung des Strafverfahrens verschwunden ist (was bei den Hamburger und Lübecker Loshändlern eine beliebte Uebung ist) und wenn außerdem 2) der Redakteur nicht schon als Täter oder Teilnehmer, also nach dem oben Ausgeführten nicht schon wegen Beförderung des Losanbietens nach Art. 7 Z. 3 Abs. 2 oder Z. 3a Abs. 2 strafbar ist. Die Bestrafung des Redakteurs nach diesen letzteren Bestimmungen ist, wie gesagt, dann nicht möglich, wenn er entweder nur fahrlässig oder bei einem Angebot verbotener Lose zwar vorsätzlich aber nicht in gewinnsüchtiger Absicht oder bei einem Angebot verbotener Losanteile vorsätzlich, aber nicht gewerbsmäßig gehandelt hat. In solchem Falle untersteht der Redakteur dem § 21 des Preßgesetzes „wegen Fahrlässigkeit" und zwar muß er nach Lage der Gesetzgebung und der Rechtsprechung wegen dieser Verfehlung sogar nach vorgängiger Voruntersuchung vor das Schwurgericht gestellt werden! Das Reichsgericht hat

nämlich in Bd. 18 S. 293 seiner Entscheidungen ausdrücklich festgestellt, daß vermöge des der Presse durch Art. 12 des württ. Ausf.Ges. z. GVG. eingeräumten Vorrechtes gerade auch das Fahrlässigkeitsvergehen des § 21 des Preßgesetzes zur Zuständigkeit der Schwurgerichte gehört. Und so haben wir die befremdliche Erscheinung, daß ein Redakteur, der in bewußter Mißachtung des Gesetzes ein unzulässiges Losangebot bekannt gibt, höchstens einer Uebertretung schuldig befunden und im Weg des Strafbefehls gestraft werden kann, ja unter Umständen sogar straffrei ist (wenn nämlich zwar Vorsatz aber nicht gewinnsüchtige Absicht bezw. Gewerbsmäßigkeit vorliegt), während er bei nur fahrlässiger Aufnahme einer Losanzeige sich unter Umständen vor dem Schwurgericht wegen Vergehens zu verantworten hat!

Dieses Ergebnis ist allerdings nicht ganz so widersinnig wie es auf den ersten Blick scheint. Denn der fahrlässig handelnde Redakteur wird nicht wegen fahrlässiger Beförderung des verbotenen Losangebots nach dem Polizeistrafgesetz, sondern unter einem ganz andern strafrechtlichen Gesichtspunkt gestraft, nämlich wegen eines eigenartigen Preßvergehens, das man vielleicht fahrlässige Redakteurberufspflichtverletzung nennen könnte. Auch braucht er aus § 21 Preßg., dessen Strafrahmen ja die sonst für Vergehen und Uebertretungen angedrohten Strafarten wahlweise neben einander enthält, für die Regel, nicht schärfer gestraft zu werden, als aus Art. 7 PStG.; das Strafminimum ist ja in beiden Gesetzen fast dasselbe (1 Tag Haft oder 3 bzw. 1 M. Geldstrafe). Außerdem ist immer zu beachten, daß der Redakteur zwei Wege hat, auf denen er sich der Wohltat des der Presse eingeräumten Vorrechtes, das in diesem Fall trotz der günstigsten Aussicht auf Freisprechung durch das Schwurgericht als privilegium odiosum empfunden werden wird, entziehen kann. Er kann entweder sich dazu verstehen, statt bloßer Fahrlässigkeit recht-

zeitig gewinnsüchtige Absicht bezw. Gewerbsmäßigkeit einzuräumen und er wird damit meistens nicht nur der Wahrheit näher kommen, sondern auch bereitwillig Glauben bei Gericht und Staatsanwalt finden, denen ja an einer solchen Schwurgerichtsverhandlung auch nicht viel gelegen sein kann; er kann also entweder sich selbst aus Art. 7 PStG. bestrafen lassen, oder aber kann er, mindestens in manchen Fällen, sich mit dem im Ausland aufhaltenden Loshändler auf naheliegende Art und Weise dahin verständigen, daß dieser sich durch die deutsche Gerichtsbarkeit erreichen läßt, da es sich doch fast immer nur um Geldstrafen handelt. Uebrigens ist die sonderbare Erscheinung, daß ein Redakteur durch Aufnahme einer den Tatbestand einer Uebertretung vorstellenden Einsendung sich eines Vergehens nach § 21 schuldig machen kann, natürlich auch auf dem Gebiet des Reichsstrafgesetzbuchs denkbar, z. B. bei fahrlässiger Veröffentlichung eines als grober Unfug zu beurteilenden Aufsatzes eines dem Gericht nicht zugänglichen Einsenders (vgl. auch RGE. 9 S. 269).

Schon bei Beratung der Novelle zum PStG. ist in Anregung gebracht worden, in Art. 7 neben dem Anbieten auch das Ankündigen unter Strafe zu stellen; der Vorschlag drang aber nicht durch, weil man davon ausging, daß das Ankündigen immer auch ein Anbieten enthalte und der Redakteur, der ein unzulässiges Losangebot veröffentliche, immer nach §§ 20, 21 des Preßgesetzes strafbar sei. Nachdem sich aber ergeben hat, daß letzteres sehr häufig nicht zutrifft oder doch nur unter Schwierigkeiten, die nicht im Verhältnis zur Bedeutung der Sache stehen, durchführbar ist, dürfte es sich vielleicht empfehlen, auch das (vorsätzliche wie das fahrlässige) Veröffentlichen von strafbaren Losangeboten unter Strafe zu stellen. Dann erst wäre die obenstehende Belehrung des K. Ministeriums des Innern über die allgemeine Strafbarkeit der Redakteure zutreffend.

Die zu Tage getretene Unstimmigkeit ist übrigens offenbar auch zum Teil auf eine ungeschickte Fassung des § 21

des Preßgesetzes zurückzuführen. Bei Schaffung dieses § ist allem Anschein nach der Gesetzgeber davon ausgegangen, daß der Redakteur, wenn er wissentlich eine von ihm in ihrer strafrechtlichen Bedeutung erkannte strafbare Einsendung bekannt gebe, stets entweder als Täter oder Teilnehmer strafbar sei; man hat scheints daran nicht gedacht, daß die vorsätzliche Mitwirkung des Redakteurs unter Umständen nur Beihilfe zu einer Uebertretung darstellen könne und daher straflos sein müsse; es hätte deshalb in § 21 nicht bloß die Fahrlässigkeit, sondern auch der nach § 20 nicht strafbare Vorsatz unter Strafe gestellt werden sollen. Es müßte in § 21 heißen: „mindestens wegen Fahrlässigkeit" oder es wären noch einfacher die Worte „wegen Fahrlässigkeit" zu streichen. Denkbar ist allerdings vielleicht auch, daß man zu demselben Ergebnis schon auf dem Weg der Gesetzesauslegung gelangt unter der Annahme, die Worte „wegen Fahrlässigkeit" in § 21 stellen ein superfluum, eine entbehrliche, ungenaue Bezeichnung der in diesem § erörterten Tat dar, nach dem Satz a minore ad majus müsse notwendig neben der Fahrlässigkeit auch der Vorsatz, soweit er nicht schon nach § 20 strafbar sei, unter Strafe gestellt sein; doch soll das Bedenkliche einer solchen Auslegung nicht verkannt werden.

Literarische Anzeigen.

Wieder liegt eine Reihe von Doktordissertationen württembergischer Juristen vor, die sich mit Fragen des praktischen und zum Teil gerade des modernen praktischen Lebens befassen und deshalb dem Praktiker schon darum von Wert sind, weil sie einen Ueberblick über den derzeitigen Stand der betreffenden Lehre in Wissenschaft und Rechtsprechung gewähren. RA. Albert Müller behandelt in eingehender und umsichtiger Erörterung „**Die Rechtsformen der Kartelle**" (Stuttgart, Hofbuchdruckerei Zu Gutenberg) und zwar die Fragen, welche Rechtsinstitute für Formulierung des Inhalts der Kartellvereinbarung in Betracht kommen, des Vorgehens gegen Kartellbrecher, des Ein- und Austritts bei Kartellen und des Uebergangs der Kartellmitgliedschaft. Artur Königsberger erörtert „**Die berufliche Auskunftserteilung und die Stellung der Auskunftsanstalt gegenüber dem Anfragenden**" (Stuttg., Metzler, Preis 2 M.), wobei er in betreff des zweiten Punkts, von der Unterscheidung zwischen Dienst- und Werkvertrag ausgehend, die G. Rümelin näher begründet hat, den Auskunftvertrag den Dienstverträgen zurechnet, und die besonders praktische Frage nach der Haftung der Auskunftsanstalt vom Standpunkt der Vertrags- wie der Deliktshaftung aus prüft. Vom „**Irrtum im alten und neuen Recht**" handelt RA. F. Haußmann (Stuttg., Kohlhammer, Preis 1 M. 50 Pfg.), indem er insbesondere den zu so vielen Zweifeln Anlaß gebenden „Eigenschaftsirrtum" eingehend (S. 23—45) erörtert und S. 50—62 eine dankenswerte Uebersicht über die „Rechtsprechung zu § 119 BGB." anfügt. „**Das Selbstverschulden des Beschädigten und die Verteilung des Schadens nach § 254 BGB.**" bildet den Inhalt der Schrift von bacc. jur. Referendar Karl Göz (Stuttg., Metzler). Der Verfasser entscheidet sich darin in betreff der vielumstrittenen, praktisch bedeutsamen Frage, ob der Begriff des „Verschuldens" in objektivem oder subjektivem Sinn aufzufassen sei, in eingehender und gut begründeter Darlegung für die subjektive Theorie, ohne die Bedenklichkeit ihrer praktischen Folgen (für nicht seltene Fälle) zu verkennen.

Von ganz anderer Art als die bisher erwähnten Abhandlungen ist die von Regierungsrat Dr. jur. Karl Hepp über „Das sog. Schulpa-

tronat in Württemberg nebst der Entwicklung in anderen deutschen Staaten" (Rottenburg, Bader), in deren erstem Teil an der Hand gründlicher Studien dargetan wird, daß ein wirkliches Schulpatronat in Württemberg nicht besteht und nie bestanden hat, die Ernennungsvorrechte des Adels nur Standesvorrechte, staatsrechtliche Privilegien sind, während der zweite Teil das geltende Recht darstellt.

Die neue Gerichtskostenordnung vom 1. Dez. 1906 hat eine zweite Auflage der bekannten **„Gerichtskostenordnung nebst Notariats- [und jetzt auch: Rechtsanwalts-] GO. und Vollziehungsverfügung"** von OLGR. Dr. Haiblen (Stuttg., Kohlhammer) notwendig gemacht, die für das neue Gesetz die gleichen guten Dienste leisten wird, wie die erste Auflage für die alte GKO. Die angefügten, den praktischen Wert des Buchs erhöhenden Tabellen haben nachträglich zum Teil eine Erweiterung und Berichtigung gefunden. Berücksichtigt ist — im Hinblick darauf, daß das preußische Recht großenteils das Vorbild für das württ. Gesetz gebildet hat — namentlich auch die preußische Literatur und Rechtsprechung. Pf.

Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz herausgegeben und erläutert von Dr. Reinhard Frank, Professor in Tübingen. 5.—7. Auflage. In Lieferungen; erste Lieferung M. 2.50. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Tübingen. 1907. Der sowohl bei den Studierenden und Referendaren sehr beliebte als auch in der Praxis viel bevorzugte Franksche Kommentar erscheint hier in neu bearbeiteter Auflage, bei der sich der Verfasser, wie er im Geleitwort ausspricht, zum Ziel setzte, seine Anschauungen durchweg tiefer und eingehender zu begründen und dem Buch einen noch strenger wissenschaftlichen Charakter als seither der Fall war, zu geben. Die Erreichung dieses Zieles ist ihm in der vorliegenden ersten, den allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs vollständig enthaltenden Lieferung gelungen; die wichtigeren Partien sind teilweise ganz umgearbeitet, die neuere Literatur und Rechtsprechung überall sorgfältig berücksichtigt und die anerkannte Eigenschaft des Frankschen Kommentars, welche ihm von Anfang viele Freunde gewonnen hat: übersichtliche Anordnung, klare und präzise Behandlung des Stoffs, vollauf gewahrt. In Aussicht gestellt ist in den folgenden Lieferungen eine Erweiterung des Werkes durch eingehendere Berücksichtigung der Nebengesetze, was wie die Neuauflage des Kommentars überhaupt sehr zu begrüßen ist. K.

Alphabetisches Sachregister.

(Die Zahlen bedeuten die Seiten.)

A.

B.

D.

V.

W.

Inhaltsverzeichnis.

I. Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.

Jahrbücher

der

Württembergischen Rechtspflege

herausgegeben

von den Mitgliedern

des

Oberlandesgerichts und des Verwaltungsgerichtshofs zu Stuttgart

und des

Vorstandes der Württembergischen Anwaltskammer.

Neunzehnter Band.

Drittes Heft.

(Zitierweise: WürttJ.)

Tübingen.
Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.
1907.

Die „Jahrbücher" erscheinen in zwanglosen Heften, von welchen je drei im Gesamtumfange von 25 Bogen einen Band bilden.

Mit einer Beilage von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) in Tübingen.

Inhaltsverzeichnis.

I. Entscheidungen des Oberlandesgerichts.

A. in Civilsachen.



